



EØS-avtalens regler om statsstøtte - hvilket rom gir EØS-avtalen for statsstøtte til Hurtigruten?

Av Kristin Wangsbro

Liten masteroppgave i rettsvitenskap
ved Universitetet i Tromsø
Det juridiske fakultet
Våren 2009

INNHold

| | |
|---|-----------|
| 1. Innledning..... | 4 |
| 1.1 Problemstilling..... | 4 |
| 1.2 Rettskilder og metode | 5 |
| 1.3. Avgrensninger og den videre fremstilling | 7 |
| 2. Generelt om statsstøttoreglene i EØS-avtalen..... | 8 |
| 2.1 Hensyn bak statsstøttoreglene..... | 8 |
| 2.2 Statsstøttoreglenes status i norsk rett | 10 |
| 2.3 Håndhevelsen av statsstøttoreglene | 11 |
| 2.4 EØS art. 61 (1)..... | 12 |
| 2.4.1 Støttebegrepet | 13 |
| 2.4.2 Vederlag for tjenester av ”almen økonomisk betydning” faller utenfor støttebegrepet..... | 15 |
| 2.4.3 Støttegiver og støttemottakere | 17 |
| 2.4.4 Selektivitetsvilkåret | 19 |
| 2.4.5 Vilkåret om konkurransevriding..... | 20 |
| 2.4.6 Samhandelskriteriet | 21 |
| 2.5 Tillatt statsstøtte..... | 23 |
| 2.5.1 EØS art. 61 (2) og (3) | 23 |
| 2.5.2 Gruppeunntak og retningslinjer | 25 |
| 3. Forholdet mellom myndighetene og Hurtigruten..... | 26 |
| 3.1 Innledning | 26 |
| 3.2 Hurtigruteavtalen 2005-2012 og reglene om offentlige innkjøp | 27 |
| 3.3 Handlingsrom i Hurtigruteavtalen til å øke kompensasjonen?..... | 29 |
| 3.3.1 Tileggsbevilgningen på 125 millioner kroner høsten 2008 | 31 |
| 4. Tillatte støtteordninger etter EØS-avtalen som omfatter Hurtigruten | 34 |
| 4.1 Innledning | 34 |
| 4.2 Differensiert arbeidsgiveravgift..... | 34 |
| 4.2.1 Innledning | 35 |
| 4.2.2 ESAs vedtak om differensiert arbeidsgiveravgift..... | 35 |
| 4.2.3 ESAs vedtak om kompensasjon til Hurtigruten for økt arbeidsgiveravgift..... | 39 |
| 4.3 Nettolønnsordningen | 41 |
| 4.3.1 Bakgrunn | 41 |

| | |
|--|-----------|
| 4.3.2 ESAs vedtak om endringer i nettolønnsordningen for sjøfolk ombord på fartøy i NOR..... | 42 |
| 4.4 Midlertidig fritak for NOx-avgift | 44 |
| 4.4.1 Bakgrunn | 44 |
| 4.4.2 ESAs vedtak om midlertidig fritak for NOx-avgift..... | 46 |
| 5. Offentlig eierskap - markedsinvestorprinsippet..... | 50 |
| 5.1 Innledning | 50 |
| 5.2 Det offentlige på kommersielle markeder | 50 |
| 5.3 Generelt om markedsinvestorprinsippet | 51 |
| 5.4 Offentlig eierskap av Hurtigruten? | 53 |
| 6. Oppsummering | 53 |
| 7. Kilder | 55 |
| 7.1 Litteratur | 55 |
| 7.2 Lover | 55 |
| 7.3 EF-forordninger | 56 |
| 7.4 Forskrifter og stortingsvedtak | 56 |
| 7.5 Internasjonale konvensjoner | 56 |
| 7.6 Offentlige dokumenter..... | 56 |
| 7.7 Avtaler | 57 |
| 7.8 Rettspraksis..... | 58 |
| 7.8.1 EF-domstolen..... | 58 |
| 7.8.2 Førsteinstansretten | 59 |
| 7.8.3 EFTA-domstolen | 59 |
| 7.8.4 Norsk Retstidende..... | 59 |
| 7.9 Vedtak mv. av Kommisjonen | 59 |
| 7.10 Vedtak mv. av ESA | 60 |
| 7.11 Annet | 62 |

1. Innledning

1.1 Problemstilling

EØS-avtalen oppstiller rammer for hvordan norske myndigheter kan utforme nasjonal politikk på flere områder. Dette gjelder også adgangen til å gi statsstøtte.

Hovedregelen i EØS-avtalen er at statsstøtte er forbudt, jf. EØS art. 61 (1). EØS-avtalen anerkjenner at statsstøtte i visse tilfeller kan være et nødvendig virkemiddel for at statene skal nå legitime mål.¹ Det finnes derfor flere unntak fra forbudet som medfører at visse former for statsstøtte anses som lovlig.

I denne fremstillingen vil det bli redegjort for statsstøttereglene, særlig med sikte på å belyse hvilket handlingsrom EØS-avtalen gir norske myndigheter for å gi statsstøtte til selskapet Hurtigruten ASA.

Hurtigruten utgjør skipsruten som i dag trafikkerer strekningen Bergen – Kirkenes. Den har siden 1893 fraktet post, gods og passasjerer langs norskekysten.² Helt siden begynnelsen har driften foregått med støtte fra staten som kompensasjon for kjøp av sjøtransporttjenester. Den gjeldende kontrakt om kystruten Bergen – Kirkenes, ble inngått mellom samferdselsdepartementet og Hurtigruten etter en åpen anbudskonkurranse. I medhold av denne mottar Hurtigruten årlig en kompensasjon fra staten for utførelsen av transporttjenestene. Dette faller inn under bestemmelsen i EØS art. 59 (2) om tjenester av allmenn økonomisk betydning, og rammes dermed ikke av statsstøtteforbudet.

Hurtigruten omfattes imidlertid av flere ordninger som anses som statsstøtte etter EØS-avtalen. Differensiert arbeidsgiveravgift, nettolønnsordningen og fritak for NOx-avgift er støtteordninger som blant andre foretak kommer Hurtigruten til gode. Deler av handlingsrommet til å yte statsstøtte til Hurtigruten er blitt kartlagt ved at EFTAs overvåkningsorgan (ESA) har godkjent disse støtteordningene. ESA er det forvaltningsorgan

¹ Sejersted mfl. *EØS-rett*, 2. utgave, Oslo 2004 s. 581.

² Hurtigrutens nettsted (www.hurtigruten.no/Utils/Om-Hurtigruten/Hurtigrutens-historie/)

som avgjør om økonomisk støtte som EFTAs medlemsstater gir til et foretak, er forenlig med EØS-avtalen.

De siste årene har Hurtigruten slitt med store underskudd og høy gjeld. I 2008 hadde selskapet et driftsresultat på resultat på minus 291 millioner kroner.³ I vinter er et hurtigruteskip tatt ut av drift for å spare penger.⁴ Dette har ført til en debatt om Hurtigrutens fremtid. Statsstøtte og statlig eierskap er tiltak som har vært foreslått for å hindre at anløp må kuttes og flere skip må legges i opplag.⁵

I februar 2009 ble det klart at selskapets kreditorer har gitt samtykke til en refinansieringsplan med en ramme på rundt 1,7 milliarder kroner.⁶ Dette innebærer at Hurtigruten unngår en større økonomisk krise i denne omgang. Likevel er det knyttet usikkerhet til om selskapet i fremtiden vil klare å sikre lønnsom drift. Problemstillingen om statsstøtte vil derfor trolig fortsatt være aktuell i årene fremover.

1.2 Rettskilder og metode

Reglene om statsstøtte finnes i EØS-avtalen med tilhørende vedlegg og protokoller, i sekundærlovgivningen samt i ESAs retningslinjer for behandling av statsstøttesaker.

EØS-avtalen er en folkerettslig avtale, men samtidig en del av intern norsk rett. Avtalens hoveddel er gjennomført i norsk rett ved § 1 i EØS- loven 27.11.1992 nr. 109. Det fremgår av artikkel 119 i avtalen at også vedlegg og protokoller utgjør en integrert del av denne.

I artikkel 63 i EØS-avtalen vises det til at vedlegg XV inneholder særlige regler om statsstøtte. Vedlegget refererer til en rekke rettsakter på statsstøtteområdet. Rettsakter som er

³ NRK www.nrk.no/nyheter/distrikt/nordland/1.6491681

⁴ NRK/NTB (www.nrk.no/nyheter/distrikt/nordland/1.6462849)

⁵ Se bla. interpellasjon fra stortingsrepresentant Jan Sahl (Krf) 22.01.2009 (www.stortinget.no/no/Saker-og-publikasjoner/Sporsmal/Interpellasjon/Interpellasjon/?qid=42303) og innspill i media fra stortingsrepresentant Lena Jensen (SV) (www.vg.no/reise/artikkel.php?artid=550205)

⁶ NRK/NTB (www.nrk.no/nyheter/distrikt/nordland/1.6462849)

vedtatt i EU, må vedtas av EØS-komiteen før de blir en del av EØS-avtalen, jf. EØS art. 102 (1). Disse gjennomføres så i norsk rett ved lov eller forskrift.⁷

Hovedreglene om statsstøtte fremgår av artiklene 61-64 i EØS-avtalens hoveddel. Den mest sentrale bestemmelsen er artikkel 61, som angir at statsstøtte er forbudt. Denne må tolkes på bakgrunn av tilsvarende regel i EF-traktatens artikkel 87.

EFTA-domstolens praksis er også relevant ved tolkningen av EØS-avtalens bestemmelser, jf. overvåknings- og domstolsavtalen (ODA) art. 3 (2).

Videre er EF-domstolens og førsteinstansrettens praksis i forhold til tolkningen av statsstøttereglene i EF-traktaten sentral for hvordan de likelydende reglene i EØS-avtalen skal tolkes. I følge EØS-avtalens art. 6 jf. ODA art 3 (1) skal EØS-bestemmelsene tolkes i samsvar med relevante avgjørelser som EF-domstolen har truffet før avtalens undertegning. Det fremgår av ODA art. 3 (2) at EFTAs overvåkningsorgan og EFTA-domstolen også skal ta tilbørlig hensyn til prinsipper som er fastlagt av EF-domstolen etter undertegningen av EØS-avtalen. Dette skal bidra til å sikre EØS-avtalens målsetning om homogenitet i hele EØS-området, jf. bla. fortalens femte ledd og EØS-avtalens art. 1 (1).

EFTAs overvåkningsorgan er som nevnt det organet som avgjør om statsstøtte et medlemsland gir til et foretak skal godkjennes, jf. ODA art 5 (1) a) og b). ESA har i medhold av ODA art. 5. (2) b) gitt omfattende retningslinjer for tolkning av reglene for statsstøtte.⁸

Retningslinjene består av åtte hoveddeler med flere underpunkter. De delene som er mest relevant i forhold til denne fremstillingen, er del 2 om horisontal støtte og del 3 om sektorspesifikk støtte. I del 2 er det et underpunkt om regionalstøtte, som har betydning for ordningen om differensiert arbeidsgiveravgift. Punktet om miljøstøtte, som har relevans i forhold til fritak for NOx-avgift, går også inn under del 2. I del 3 finnes et punkt om støtte til maritim transport, som bla. fikk anvendelse på nettolønnsordningen. I de ulike underpunktene er det listet opp relevante vilkår for å kunne gi støtte, og forhold som ESA vektlegger i vurderingen av om støtten er forenlig med EØS-avtalen.

⁷ NOU 2004:15 Regional statsstøtte og EØS-reglane s. 18.

⁸ Følger av vedtak nr. 4/94/COL, jf. EØS-tillegget til EF-Tidende nr. 32, 1994.

ESAs retningslinjer tilsvarer i all det vesentlige de retningslinjer som Kommisjonen, som forvalter statsstøttereglene i forhold til EUs medlemsstater, benytter. Som en konsekvens av EØS-avtalens mål om like vilkår, søker ESAs praksis stort sett å være i samsvar med Kommisjonens. Kommisjonens praksis kan dermed også være relevant ved tolkningen av EØS-avtalen.⁹

Vedtak av ESA kan overprøves av EFTA-domstolen, jf. ODA art. 36. EFTA-domstolen er ikke bundet av ESAs og Kommisjonens retningslinjer og praksis. Retningslinjer og praksis fra overvåkningsorganene har imidlertid reelt sett stor betydning. Retningslinjene er svært detaljerte, og det må antas at Kommisjonen og ESA normalt følger disse i sin praksis. Selv om retningslinjene til en viss grad åpner for skjønn, bidrar dette til å sikre en ensartet praksis. Vedtak fra ESA og Kommisjonen blir dessuten publisert. Dette tilsier at praksis fra disse organene har større rettskildemessig vekt enn en del annen forvaltningspraksis.¹⁰

1.3. Avgrensninger og den videre fremstilling

Lov 27. november 1992 nr. 117 om offentlig støtte og forskrift nr. 907 4. desember 1992 om offentlig støtte er norsk lovgivning som er gitt for å sikre at Norge oppfyller sine forpliktelser i forhold til statsstøttereglene i EØS. Den norske lovgivningen på dette området regulerer i hovedsak prosessuelle spørsmål som kommer litt på siden av problemstillingen i denne fremstillingen. Disse reglene vil derfor ikke bli behandlet i det følgende.

Første punkt i fremstillingen, der innholdet av statsstøttereglene blir presentert, er ment som en oversikt. Gjennomgangen av vilkårene for statsstøtte er utformet med den spesielle delen om Hurtigruten for øye, og en del generelle spørsmål som ikke får betydning i forhold til dette, er derfor ikke omtalt. De prosessuelle statsstøttereglene, som i seg selv er omfattende, har jeg valgt å utelate helt av hensyn til oppgavens omfang.

Regelverket om offentlige anskaffelser skal bla. sikre at innkjøp som foretas i offentlig sektor, skjer på konkurransemessige vilkår. Dersom dette regelverket følges når det offentlig kjøper varer eller tjenester av et foretak, vil statsstøttereglene ikke komme til anvendelse. De to

⁹ Sejersted mfl., *EØS-rett*, 2. utgave, Oslo 2004 s. 218.

¹⁰ Gunhild Sletmoen, *Statsstøtte og avgiftsfritak*, Oslo 2005 s. 5.

regelverkene har dermed ulike anvendelsesområder, samtidig som det er sammenheng mellom dem. Gjeldende Hurtigruteavtale ble inngått på bakgrunn av en offentlig anbudsprosess. Av den grunn vil det bli redegjort i korte trekk for hovedhensynene bak reglene om offentlige anskaffelser under punkt 3.2 i fremstillingen. For øvrig avgrenses det mot regelverket for offentlige anskaffelser.

I den videre fremstilling følger først den generelle delen der det redegjøres for innholdet i statstøttereglene. Denne er ment å danne et bakteppe for drøftelsen om statsstøtte i forhold til Hurtigruten i punkt 3 og 4.

I punkt 3, som tar for seg forholdet mellom myndighetene og Hurtigruten, vil jeg redegjøre for forholdet til anbudsreglene og si litt om handlingsrommet til å øke kompensasjonen innenfor Hurtigruteavtalen.

I punkt 4 i fremstillingen følger en redegjørelse for tillatte støtteordninger som angår Hurtigruten. Ved at ESA har godkjent disse støtteordningene som forenlige med EØS-avtalen, er deler av handlingsrommet til å yte statsstøtte blitt kartlagt.

I punkt 5 vil jeg redegjøre for det såkalte markedsinvestorprinsippet, som får betydning i forhold til forslaget om offentlig eierskap av Hurtigruten. Markedsinvestorprinsippet innebærer at når det offentlige opptrer som markedsaktør, må det handle på samme måte som en privat investor ville gjort. Avslutningsvis vil jeg forsøke å knytte noen vurderinger til forslaget om offentlig eierskap, før den endelige oppsummeringen i punkt 6.

2. Generelt om statsstøttereglene i EØS-avtalen

2.1 Hensyn bak statsstøttereglene

Før Norge tilsluttet seg EØS, hadde myndighetene et vidt politisk handlingsrom når det gjaldt tildeling av statsstøtte. Adgangen til å gi subsidier var bare i begrenset grad regulert. Gjennomføringen av EØS-avtalen medførte imidlertid en rettsliggjøring som har begrenset dette handlingsrommet betydelig.

Et overordnet mål med EØS-samarbeidet er å skape et indre marked med like konkurransevilkår, jf. EØS art. 1 (1). I et større perspektiv henger dette sammen med den grunnleggende idé om at en sunn markedsøkonomi er den beste rammen for et velfungerende samfunn.¹¹

Dersom en EF- eller EFTA-stat ved bruk av statsmidler gir støtte til et selskap eller en næringssektor, vil vedkommende selskap eller næringssektor komme i en bedre konkurranseposisjon enn tilsvarende foretak eller sektorer som ikke mottar slik støtte. Statsstøtteforbudet i EØS art. 61 (1) skal motvirke at konkurransen vris og samhandelen påvirkes på denne måten.

Konkurransevridding er uheldig fordi det kan motvirke en effektiv utnyttelse av samfunnets ressurser. Årsaken til at et selskap har behov for støtte, vil i mange tilfeller være at det ikke har tilstrekkelig avkastning på de varer eller tjenester det tilbyr. I handlingsplanen for statsstøtte (State Aid Action Plan)¹² som er utarbeidet av Kommisjonen for perioden 2005-2009, uttales det at slik konkurransevridding

”forhindrer markedskræfterne i at belønne de mest konkurrencedygtige virksomheder eller forhøjer en sådan belønning, og derved forringer EU’s konkurrenceevne generelt.”¹³

Konsekvensen kan være at lite effektive virksomheter overlever på bekostning av mer konkurransedyktige virksomheter.

I handlingsplanen for statsstøtte understreker Kommisjonen videre at statsstøtte ikke er noen mirakelkur, og at det er skatteyterne som i siste instans må finansiere støtten. Hvordan statsmidler skal benyttes, handler om prioriteringer. Når midlene brukes til statsstøtte, vil det innebære mindre bevilgninger til andre samfunnsområder. Kommisjonen påpeker at det derfor er viktig at medlemslandene foretar gjennomsluttede vurderinger i forhold til dette.¹⁴

¹¹ Se Alterskjær mfl., *Statsstøtte - EØS-avtalens regler om offentlig støtte*, Bergen 2008 s. 18

¹² Handlingsplan på statsstøtteområdet – Mindre og bedre målrettet statsstøtte: en reformplan for 2005-2009, KOM(2005) endelig udg.

<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2005:0107:FIN:DA:HTML>

¹³ Avsnitt 7 i handlingsplan for stats støtteområdet.

¹⁴ Avsnitt 8 i handlingsplanen.

Unntakene fra statsstøtteforbudet bygger på en anerkjennelse av at offentlig støtte kan være et nødvendig virkemiddel for å nå politiske mål, som f.eks. miljøvern eller regional utvikling. I enkelte tilfeller kan ikke markedsøkonomien alene bidra til å ivareta slike formål. For at støttetildelingen skal anses forenlig med EØS-avtalen, må det foretas en avveining mellom de negative virkninger støttetiltaket har på konkurransen og den positive samfunnsmessige betydning det har.

2.2 Statsstøttereglenes status i norsk rett

Gjennom EØS-avtalen ble EFTA-statene gjort til en integrert del av EUs indre marked. Dette innebærer at Norge indirekte er forpliktet til å følge en stor del av EU-retten.

EØS-avtalen er gjort til norsk lov ved EØS-loven § 1. Av EØS-loven § 2 fremgår det at bestemmelser i lov eller forskrift som oppfyller Norges forpliktelser etter EØS-avtalen, i tilfelle konflikt skal gå foran andre regler som regulerer samme forhold. Norge har dermed forpliktet seg til å følge EUs rettsregler på statsstøtteområdet, både de materielle og de prosessuelle. Dette medfører at myndighetene må rette seg etter reglene i henhold til hvilke støttetiltak som er ulovlige og hvilke som kan godkjennes, samt følge den angitte fremgangsmåte ved støttetildelingen.

Ved motstrid mellom en norsk bestemmelse og en EØS-regel, vil presumsjonsprinsippet komme til anvendelse. Presumsjonsprinsippet innebærer at norske rettskilder så vidt mulig skal tolkes på en måte som er i samsvar med Norges folkerettslige forpliktelser, også EØS-avtalen, jf. bla *Finanger*, Rt.2000-1811. Innholdet i den EØS-rettslige forpliktelsen vil med andre ord være med på å styre hvilke slutninger som trekkes fra norske rettskildefaktorer, og hvilken vekt som legges på det argument som ble utledet fra disse.¹⁵ Dommen inntatt i Rt.1997-1954, *Løten Kommune*, illustrerer dette. Her unnlot Høyesterett å legge vekt på uttalelser i forarbeidene om forståelsen av de norske lovbestemmelsene, da disse ikke harmonerte med forpliktelsene etter EØS-avtalen. Annerledes er det dersom et gjennomslag for EØS-regelen er til ugunst for en privat part. I slike situasjoner vil norske domstoler legge den norske bestemmelsen til grunn, jf. *Finanger*, Rt.2000-1811.

¹⁵ Sejersted mfl. *EØS-rett*, 2. utgave, Oslo 2004 s. 242.

2.3 Håndhevelsen av statsstøttereglerne

Håndhevelsen av EØS-avtalens statsstøtteregler fungerer på to plan. På EØS-nivå er ESA det kompetente organ til å håndheve reglene ovenfor Norge. Fornyings- og administrasjonsdepartementet er tillagt håndhevelsesoppgaver på internrettslig nivå. Det er også fastsatt internrettslige prosedyrer bla. for melding av støtte.¹⁶ I det følgende er det kun regelverket på EØS-plan som behandles.

ESA håndhever statsstøttregelverket overfor EFTA-statene, jf. EØS art. 62 (1) b) og avtalens protokoll 26. Kommisjonens håndhevelseskompetanse overfor EF-statene følger av EF-traktaten art. 88 og prosedyreforordningen. I følge protokoll 26 i EØS-avtalen, skal ESA ha tilsvarende kompetanse som Kommisjonen besitter på statsstøtteområdet. For å sikre lik overvåking av statsstøtte innenfor EØS- området, skal Kommisjonen og ESA samarbeide, jf. EØS art. 62 (2) og protokoll 27.

Håndhevelseskompetansen av statsstøttereglerne er gitt ESA i medhold av ODA art. 24, sammenholdt med ODA protokoll 3 om oppgaver og myndighet for EFTAs Overvåkningsorgan i forbindelse med statsstøtte.

De grunnleggende prosessuelle håndhevelsesreglene følger av ODA protokoll 3 del 1, som er inntatt i Norges lover.¹⁷ I følge protokoll 3 del 1 art 1 (1) skal ESA i samarbeid med medlemsstatene løpende undersøke alle eksisterende støtteordninger i disse statene. Protokoll 3 del 1 art. 1 (3) pålegger medlemslandene å forhåndsmelde ny støtte, og støtten kan ikke iverksettes før den er godkjent av ESA. Protokoll 3 sonderer altså mellom støtteordninger som allerede er etablert og nye ordninger som planlegges iverksatt.

Håndhevelsen bygger på en todelt prosedyre. I art. 1 (3) henvises det til en innledende gransking, mens art. 1 (2) hjemler den såkalte formelle prosedyre. Den formelle undersøkelsesprosedyren iverksettes der ESA mener at en planlagt støtteordning er i strid med

¹⁶ Jf. Alterskjær mfl., *Statsstøtte – EØS-avtalens regler om offentlig støtte*, Bergen 2008 s. 252.

¹⁷ Protokoll 3 om oppgaver og myndighet for EFTAs overvåkningsorgan i forbindelse med statsstøtte.

EØS-avtalens statsstøtteregler. De nærmere reglene om gjennomføringen følger av protokoll 3 del 2 art. 6 og 7. Først fatter ESA et vedtak om å innlede den formelle prosedyren, og den berørte EFTA-staten og andre berørte parter gis en frist til å fremlegge sine merknader, jf. art. 6 (1). Den formelle prosedyren resulterer i et endelig vedtak, der ESA avgjør hvorvidt støtten er forenlig med EØS-avtalen eller ikke, jf. art. 7.

Protokoll 3 del 2 betegnes som prosedyreforordningen. Her oppstilles det i alt fire ulike prosedyrer: Prosedyren for notifisert støtte (art. 2-9), prosedyren for ulovlig støtte (art. 10-15), prosedyren for misbruk av støtte (art. 16) og prosedyren for granskning av eksisterende støtteordninger (art. 17-19).¹⁸ Det vil føre for langt å gå nærmere inn på disse i fremstillingen her. Felles for de fire prosedyrene er imidlertid todelingen mellom innledende granskning og formell prosedyre som er skissert ovenfor.

Etter at ESA har truffet vedtak om hvorvidt støtten er forenlig med EØS-avtalen eller ikke, kan vedkommende EFTA-stat, andre EFTA-stater samt foretak med søksmålskompetanse bringe vedtaket inn for EFTA-domstolen etter ODA art. 36.

Den sentrale sanksjon og rettsvirkning ved overtredelse av statsstøttereglene er reversering. Dette innebærer at den som har mottatt støtten, skal tilbakeføre støttebeløpet samt renter fra den dag den ulovlige støtten ble utbetalt. Kommisjonen og ESA pålegger medlemsstaten å iverksette reverseringen. Det er imidlertid støttegiver, den nasjonale myndighet, som er forpliktet til å gjennomføre tilbakeføringen. Dette skal skje i samsvar med nasjonale regler, jf. prosedyreforordningen art. 14. I norsk rett skjer tilbakeføringen i medhold av lov om offentlig støtte 27. november nr. 117 § 5 og forskrift nr. 907 4. desember 1992. Formålet med reverseringen er å rette opp den skjevhet i markedet som den ulovlige støtten har ført med seg.

2.4 EØS art. 61 (1)

Forbudet mot statsstøtte følger av EØS art. 61 (1), som er selve hovedregelen i statsstøtteretten. Av denne bestemmelsen fremgår det at

¹⁸ Se Alterskjær mfl., *Statsstøtte - EØS-avtalens regler om offentlig støtte*, Bergen 2008 s. 254.

”støtte gitt av EFs medlemsstater eller EFTA-statene eller støtte gitt av statsmidler i enhver form, som virir eller truer med å vri konkurransen ved å begunstige enkelte foretak eller produksjonen av enkelte varer, [skal] være uforenlig med denne avtales funksjon i den utstrekning støtten påvirker samhandelen mellom avtalepartene.”

På bakgrunn av en tolkning av ordlyden i art. 61 (1), må fem kumulative vilkår være oppfylt for at forbudet skal komme til anvendelse. For det første må tiltaket innebære støtte i form av en økonomisk fordel. Støtten må for det annet være gitt av EFTA-statene eller av statsmidler i enhver form. For det tredje må støtten være selektiv, det vil si at den må begunstige enkelte foretak eller produksjonen av enkelte varer. For det fjerde må støtten vri eller true med å vri konkurransen, og den må for det femte være egnet til å påvirke samhandelen mellom EØS-landene.

2.4.1 Støttebegrepet

Det finnes ingen uttømmende definisjon av støttebegrepet, til tross for en omfattende praksis fra EF-domstolen og Kommisjonen vedrørende fortolkningen av dette. Når EF-domstolen har vurdert begrepets anvendelsesområde, har den tatt utgangspunkt i formålet med statsstøttereglene; å hindre konkurransevridning og forstyrrelser i samhandelen.¹⁹ Dette har ført til at begrepet er blitt tolket svært vidt.

Det er tiltakets effekt på mottakerens økonomiske stilling som er avgjørende. Hvilken motivasjon det offentlige har med å gi støtten er irrelevant i denne vurderingen. Dette fremgår bla. av sak C-56/93, *Belgia mot Kommisjonen*. Her uttalte EF-domstolen at

”I henhold til traktatens 92, stk. 1, sondres der ikke under hensyn til grundene eller til hensigten med de statlige intervensjoner, men bestemmelsen definerer disse i kraft af deres virkninger.”²⁰

Dersom virksomheten tiltaket er rettet mot, oppnår en økonomisk fordel som den ikke ville ha oppnådd på normale markedsbetingelser, vil det foreligge støtte.²¹ I dette ligger det også at det

¹⁹ Jf. sak 173/73 *Italia mot Kommisjonen*, premiss 26 og sak C-387-92 *Banco Exterior*, premiss 12.

²⁰ Premiss 79 i dommen. Jf. bla. sak 173/73 *Italia mot Kommisjonen*, premiss 13 og sak 310/85 *Deufil mot Kommisjonen*, premiss 8. Hensynene bak tiltaket vil imidlertid ofte være avgjørende for om støtten kan godkjennes med hjemmel i noen av unntaksbestemmelsene.

²¹ Jf. sak C-39/94 *SFEI/ La Poste*, premiss 60.

ikke har betydning i hvilken form støtten ytes.²² Støttebegrepet begrenser seg derfor ikke til rene pengetilskudd. I sak C-200/97 *Ecotrade* uttalte EF-domstolen at støttebegrepet også omfatter inngrep

”der under forskjellige former letter de byrder, som normalt belaster en virksomheds budget, og derved, uden at være tilskud i ordets egentlige forstand, er af samme art og har tilsvarende virkninger.”

Dermed vil enhver ytelse som innebærer en økonomisk fordel for mottakeren, og som påvirker konkurransen og samhandelen, kunne omfattes av støttebegrepet. Formuesgoder gitt fra det offentlige, f.eks. eiendommer eller produksjonsutstyr, kan innebære støtte. Dette omfatter også gavesalg, dvs. at et foretak kjøper et formuesgode fra det offentlige til underpris. Det samme gjelder dersom det offentlige kjøper varer eller tjenester til overpris.

Videre kan det innebære støtte dersom et foretaks økonomiske byrder reduseres gjennom gunstige skatteposisjoner og avgiftsfritak. Dersom det offentlige unnlater å drive inn en forfalt skatt eller avgift, vil dette også være en fordel som omfattes av støttebegrepet.²³ Det kan også innebære støtte dersom det offentlige yter lån til foretak på gunstige vilkår.²⁴

Det er irrelevant på hvilket juridisk grunnlag støtten ytes. Støtte gitt på bakgrunn av lov, forskrift, enkeltvedtak og avtale vil således kunne omfattes av statstøtteforbudet.²⁵

Uavhengig av på hvilken måte støtten gis, er det et absolutt krav at ytelsen må representere en økonomisk fordel for mottakeren.²⁶ Ved vurderingen av om støttemottakeren tilføres en fordel, er det uten betydning om mottakerens økonomiske situasjon forbedres som følge av støtten. Det avgjørende er hvorvidt støttetiltaket isolert sett begunstiger visse virksomheter på bekostning av andre virksomheter som befinner seg i en tilsvarende faktisk og rettslig situasjon.²⁷

²² Jf. sak T-106/95, *FFSA mfl. mot Kommisjonen*, premiss 139.

²³ Sejersted mfl., *EØS-rett*, 2. utgave, Oslo 2004 s. 583.

²⁴ Jf. sak 323/82 *Intermills*, premiss 31.

²⁵ Pernille Wegener Jessen, *Forbudet mod statsstøtte i EU*, København 2003 s. 170.

²⁶ Jf. sak C-353/95P *Tierce Ladbroke* premissene 25-39.

²⁷ Jf. sak C-143/99 *Adria-Wien Pipeline*, premiss 41.

2.4.2 Vederlag for tjenester av "almen økonomisk betydning" faller utenfor støttebegrepet

Det finnes mange eksempler på at private og offentlige virksomheter utfører tjenesteytelser i det offentliges interesse. Dette kan skje gjennom frivillige avtaler med virksomhetene, men også på bakgrunn av lovgivning. Som eksempel kan nevnes post, energiforsyning, transportvirksomhet osv.²⁸

Det har vært omtvistet om kompensasjon for tjenester av almen økonomisk betydning, jf. EØS art. 59 (2), skal anses som statsstøtte etter EØS art. 61 (1). EF-domstolens dom C-280/00, *Altmark*, avklarte rettstilstanden på dette punkt.

Forholdet i *Altmark*-dommen var at transportselskapet *Altmark Trans* hadde fått tillatelse fra det offentlige til å drive rutebildrift, mot at det fikk tilskudd til driften. Dette ble angrepet av en av selskapets konkurrenter, som brakte saken inn for en tysk domstol. Den tyske domstolen forela flere spørsmål til EF-domstolen, bla. forholdet til statsstøttereglene.

EF-domstolen viste til sine to tidligere avgjørelser *ADBHU* og *Ferring*, der det fremgikk at tiltak som er ment å kompensere for en tjeneste av almen økonomisk betydning, ikke utgjør statsstøtte.²⁹ Videre oppstilte EF-domstolen fire vilkår som må være oppfylt for at kompensasjonen i et konkret tilfelle ikke skal omfattes av statsstøttebestemmelsen.³⁰

Det første vilkåret er at virksomheten som mottar kompensasjonen faktisk må være pålagt å utføre tjenester av almen økonomisk betydning, og at disse forpliktelsene er tydelig definert. I følge praksis etter EØS art. 59 (2) og tilsvarende bestemmelse i EF art. 86 (2), er det i utgangspunktet opp til medlemsstatene selv å definere hva som utgjør en tjeneste av almen økonomisk betydning. EØS-statene har en betydelig skjønnsfrihet i denne forbindelse.³¹ Rettspraksis etter *Altmark* tyder på at domstolene fortsatt er tilbakeholdne med å overprøve medlemsstatenes tolkning av hva som ligger i begrepet.³²

²⁸ Pernille Wegener Jessen, *Forbudet mod statsstøtte i EU*, København 2003 s. 178.

²⁹ Sak 240/83 *ADBHU* og sak C-53/00 *Ferring*.

³⁰ Premiss 89-93.

³¹ Se bla. generaladvokat Légers uttalelse (opinion) i sak C-438/02, *Åklagaren v Krister Hanner*, premiss 139.

³² Jf. Alterskjær mfl., *Statsstøtte - EØS-avtalens regler om offentlig støtte*, Bergen 2008 s. 121.

I det at forpliktelsene må være tydelig definert, ligger det at det offentlige må definere hva tjenesten går ut på og hvordan den er pålagt. I *Enirisorse* fant EF-domstolen at dette vilkåret ikke var oppfylt. Støttegiver hadde ikke angitt klart nok hva tjenesten av almen økonomisk betydning skulle bestå i eller hvordan den var pålagt.³³

Det andre vilkåret oppstilt i *Altmark*-dommen, er at de kriteriene som er grunnlaget for beregningen av kompensasjonen må være fastsatt på forhånd på en objektiv og gjennomsigtig måte. Dermed vil det være mulig for overvåkningsorganene å etterprøve om kompensasjonen faktisk er en motytelse for tjenesten som utføres. EF-domstolen trekker frem de tilfeller der en virksomhet lider større tap enn antatt i forbindelse med tjenesteytingen, fordi det i ettertid viser seg at driften ikke var økonomisk levedyktig. Dersom det ikke på forhånd var fastlagt kriterier for hvordan usikkerhet med hensyn til fremtidig kostnadsdekning skulle foregå, vil det offentliges kompensasjon for dette tapet utgjøre statsstøtte etter art. 61 (1).³⁴

I enkelte etterfølgende saker synes det imidlertid som EF-domstolen og Førsteinstansretten ikke stiller særlig strenge krav for at det andre vilkåret i *Altmark*-dommen anses oppfylt. Et eksempel er *ADC Servizi*, der en kompensasjon på 14 euro per skattedeclarasjon ble ansett å oppfylle vilkåret, uten at det fremgikk nærmere hvilke kriterier som lå til grunn for beregningen av dette beløpet.³⁵

Det tredje vilkåret etter *Altmark*-dommen går ut på at kompensasjonen ikke kan overstige det som er nødvendig for helt eller delvis å dekke kostnadene ved utførelsen av tjenesten av almen økonomisk betydning. Dersom tjenesten overkompenseres, vil det innebære at virksomheten får en fordel på bekostning av konkurrentene. Dette vil utgjøre statsstøtte i art. 61 (1) sin forstand.

Eventuelle inntekter som foretaket har i forbindelse med utførelsen av tjenesten, skal trekkes fra kompensasjonsbeløpet. Foretaket som utøver tjenesten har dessuten krav på en rimelig fortjeneste ved utførelsen av sine forpliktelser. Hva som anses som rimelig fortjeneste, må avgjøres ut fra hva som er vanlig i markedet for denne typen tjenester. Vilket innebærer

³³ Sak C-34/01, premiss 34.

³⁴ Sak C-280/00 *Altmark*, Premiss 91.

³⁵ Jf. sak C-451/03 *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti*, premiss 65.

altså at oppdragsgiver må beregne kostnadene ved tjenesten under hensyntaken til inntekter og en normal fortjeneste.³⁶

Det fjerde Altmark-vilkåret oppstiller to alternative metoder for å fastsette om kompensasjonen er i samsvar med markedsverdien av den aktuelle tjenesten. Enten må utvelgelsen av tilbyder skje gjennom en anbudsprosedyre, eller så må kompensasjonen beregnes etter en analyse av kostnadene som en normalt effektiv bedrift vil ha som følge av utførelsen av tjenesten.

Vilkårene som oppstilles i Altmark-dommen er kumulative. Dersom samtlige er oppfylt, vil kompensasjonen ikke anses som statsstøtte etter art. 61 (1). Motsatt presiserer EF-domstolen at tiltaket vil innebære statsstøtte dersom ett eller flere av vilkårene ikke er oppfylt.³⁷ I etterkant av dommen har Kommisjonen og ESA vedtatt unntak og retningslinjer som kommer til anvendelse på støtte som ikke oppfyller Altmark-vilkårene. Dersom tiltaket oppfyller vilkårene i unntaket for støtte til tjenester av allmenn økonomisk betydning³⁸, eller ESAs retningslinjer sammenholdt med art. 59 (2), vil kompensasjonen utgjøre statsstøtte, men den kan likevel godkjennes som forenlig med EØS-avtalen.³⁹

2.4.3 Støttegiver og støttemottakere

EØS art. 61 (1) omfatter støtte gitt av *staten* eller støtte gitt av *statsmidler i enhver form*. I følge praksis fra EF-domstolen har denne sontringen til formål å presisere at statsstøttebegrepet også omfatter støtte som indirekte er gitt av staten gjennom andre offentlige og private organer.⁴⁰ Denne tolkningen av art. 61 (1) skal hindre at medlemslandene omgår bestemmelsen ved å kanalisere støtten gjennom en offentlig eller privat virksomhet.

Statsstøtteforbudets anvendelsesområde begrenser seg ikke til medlemsstatenes sentrale statsorganer, slik det kan synes som ut fra ordlyden. I sak 284/84, *Tyskland mot Kommisjonen*, fastslo EF-domstolen at støtte fra regionale og lokale myndigheter ble rammet

³⁶ Alterskjær mfl., *Statsstøtte- EØS-avtalens regler om offentlig støtte*, Bergen 2008 s. 123.

³⁷ Sak C-280/00 *Altmark*, premiss 94.

³⁸ Unntaket følger av Kommisjonsvedtak nr. 842 fra 2005.

³⁹ Se nærmere om gruppeunntak og retningslinjer under punkt 2.5 i fremstillingen.

⁴⁰ Se f.eks. sak C-379-98 *PreussenElektra*, premiss 58.

av statsstøtteforbudet i EF-traktaten art. 87.⁴¹ Dette innebærer at støtte gitt av norske kommuner eller fylkeskommuner også vil være omfattet av EØS art. 61.

I hvilken grad overføringer fra selskaper som helt eller delvis er eid av staten er omfattet av statsstøttereglene, har vært en omtvistet problemstilling. Etter nyere praksis fra EF-domstolen vil tiltak fra offentlige selskaper falle inn under støttebegrepet dersom tiltaket inneholder *statsmidler* og det aktuelle tiltaket kan *tilregnes staten*.⁴² Selv om offentlige selskapers midler kan anses som statsmidler og staten er i stand til å utøve kontroll over selskapet, må staten ha vært involvert i den aktuelle disposisjonen for at den skal omfattes av statsstøtteforbudet. Spørsmålet om staten kan tilregnes disposisjonen må bedømmes ut fra en helhetsvurdering, der bla. selskapets selvstendighet i forhold til offentlige myndigheter, karakteren av selskapets aktiviteter og selskapets juridiske form har betydning.⁴³

Private selskapers disposisjoner vil i utgangspunktet ikke være omfattet av statsstøttereglene. I enkelte avgjørelser har imidlertid Kommisjonen utvidet statsstøtteforbudets anvendelsesområde til å omfatte tiltak som er bestemt av staten, men finansiert av private selskaper. EF-domstolen avviste dette i sak C-379/98 *PreussenElektra*. Her var det spørsmål om et statlig pålegg som innebar at private selskaper måtte betale overpris til produsenter av grønn elektrisitet, skulle anses som statsstøtte. EF-domstolen kom til at vilkåret om at tiltaket må være gitt via offentlige midler ikke var oppfylt, og at det dermed ikke ble omfattet av statsstøtteforbudet.

Avgjørelsen er omdiskutert, og det er uklart hvor stor rekkevidde den har.⁴⁴ De konkurransemessige virkningene av tiltak som er bestemt av det offentlige og finansiert av private selskaper, vil lett bli de samme som om staten skulle ha gitt støtten. Derfor taler hensynet bak statsstøtteforbudet for at også slike tiltak bør omfattes av bestemmelsen.

Statsstøtteforbudet i EØS art. 61 (1) retter seg mot støtte gitt til *enkelte foretak* eller produksjonen av *enkelte varer*. Dette definerer kretsen av støttemottakere som det er forbudt å begunstige.

⁴¹ Premiss 17 i dommen.

⁴² Jf. sak C-482/99 *Frankrike mot Kommisjonen (Stardust Marine)*.

⁴³ Se sak C-482/99 *Stardust Marine*, premiss 56.

⁴⁴ Jf. Alterskjær mfl., *Statsstøtte - EØS-avtalens regler om offentlig støtte*, Bergen 2008 s. 37.

Begrepet *foretak* er først og fremst blitt utviklet av EF-domstolen i forbindelse med tolkningen av konkurransereglene i EF-traktaten art. 81 og 82. EF-domstolen har lagt til grunn at foretaksbegrepet omfatter enhver enhet som utøver økonomisk virksomhet.⁴⁵ Det er ikke et vilkår at virksomheten skal ha profitt som formål. For at den skal omfattes av foretaksbegrepet, må den imidlertid opptre på et marked, i konkurranse med andre markedsaktører.⁴⁶ Offentlige foretak vil kunne anses som støttemottakere, så lenge de deltar på et marked. Det må imidlertid avgrenses mot de tilfeller der det skjer en utøvelse av offentlig myndighet.⁴⁷

Forbudet mot statsstøtte omfatter også *produksjonen av enkelte varer*. Dette innebærer at støtte som begunstiger bestemte bransjer rammes av art. 61 (1). Selv om det ikke fremgår direkte av ordlyden, tolkes bestemmelsen slik at den også omfatter produksjon av tjenesteytelser.⁴⁸

2.4.4 Selektivitetsvilkåret

Som nevnt ovenfor må tiltaket begunstige enkelte foretak eller produksjonen av enkelte varer eller tjenester for at det skal omfattes av forbudet i EØS art. 61 (1). Det må med andre ord være *selektivt*. Generelle støtteordninger faller utenfor forbudets anvendelsesområde. For at en støtteordning skal anses som generell i denne sammenheng, må den være åpen for alle foretak på objektive og ikke-diskriminerende vilkår. Dette kan f.eks. være generelle infrastrukturtiltak eller støtteordninger som generelt skal bedre rammevilkårene for næringslivet.⁴⁹

Støtteordninger som fremgår av generelle regler eller vedtak, vil imidlertid omfattes av støtteforbudet dersom de i praksis kun begunstiger et bestemt foretak eller en bestemt bransje. Dette kan f.eks. være tilfellet dersom støttegiver har stor skjønnsmått frihet når det skal avgjøres

⁴⁵ Se sak C-41/90 Höfner og Elser mot Macrotron, premiss 21.

⁴⁶ Se bla. forente saker C-180-184/98 *Pavlov*, premiss 75.

⁴⁷ Jf. sak C-364/92 *Eurocontrol*, premiss 30.

⁴⁸ Jf. Sejersted mfl., *EØS-rett*, 2. utgave, Oslo 2004 s. 604.

⁴⁹ Jf. Alterskjær mfl., *Statsstøtte - EØS-avtalens regler om offentlig støtte*, Bergen 2008 s. 38.

hvem som skal motta støtte og på hvilke vilkår. Støtteordninger hvor støttegiver er tillagt skjønnsmyndighet med hensyn til dette, vil antas å være selektive.⁵⁰

Når det dreier seg om selektiv støtte, vil vilkårene for å motta støtten ofte være slik at de ekskluderer andre foretak og bransjer fra å nyte godt av ordningen. For eksempel vil støtteordninger til fordel for små og mellomstore virksomheter oppfylle selektivitetsvilkåret.⁵¹ Dette gjelder også tiltak som har en begrenset geografisk rekkevidde av lokal eller regional karakter. Illustrerende i denne sammenheng er EFTA-domstolens avgjørelse i saken om differensiert arbeidsgiveravgift. På bakgrunn av distriktspolitiske hensyn var Norge delt inn i ulike soner der arbeidsgiveravgiften varierte. EFTA-domstolen kom til at dette var en selektiv støtteordning fordi den førte til at bedrifter lokalisert i det distriktspolitiske virkeområdet fikk et konkurransefortrinn fremfor foretak som lå utenfor dette området.⁵²

2.4.5 Vilkåret om konkurransevridning

For at statsstøtte skal omfattes av forbudet i EØS art. 61 (1), er det et vilkår at den *vrir eller truer med å vri konkurransen*. En konkurransevridning innebærer at støtten griper inn i et konkurranseforhold mellom virksomheter eller bransjer og endrer konkurransens utvikling.⁵³ Det er ikke et krav at støtten *faktisk* har påvirket støttemottakers konkurranseposisjon i forhold til andre markedsaktører. For å oppfylle vilkåret om konkurransevridning er det tilstrekkelig at det finnes en potensiell konkurranse, og at støtten potensielt kan fordreie denne.⁵⁴ Dette vil f.eks. være tilfellet der støtten forhindrer nye aktørers inntreden på markedet.

I hvor stor grad konkurransen må påvirkes for at konkurransevilkåret skal anses oppfylt, må avgjøres ut fra en helhetsvurdering. Støttebeløpets størrelse, støttemottakerens markedsandel og graden av konkurranse i markedet vil være relevante momenter i bedømmelsen.⁵⁵ Det

⁵⁰ Se sak C-256/97 *Déménagements-Manutention Transport SA*, premiss 27.

⁵¹ Jf. bla. forente saker T-92 og 103/00 *Territorio Histórico de Alava*, premiss 40.

⁵² Jf. sak E-6/98 *Norge mot ESA*, premiss 37 og 38.

⁵³ Jf. Sejersted mfl., *EØS-rett*, 2. utgave, Oslo 2004 s. 606.

⁵⁴ Se forente saker C-62 og 72/87 *Exécutif régional wallon mot Kommisjonen*, premiss 15.

⁵⁵ Jf. Alterskjær mfl. ”Statsstøtte - EØS-avtalens regler om offentlig støtte” s. 54.

fremgår av rettspraksis fra EF-domstolen at det skal svært lite til for at konkurransevidningsvilkåret er oppfylt.⁵⁶

Det er likevel ikke tilstrekkelig å formode at tiltaket har eller kan ha en konkurransevidende virkning. Etter praksis fra EF-domstolen er Kommisjonen og ESA forpliktet til å foreta en realitetsvurdering av om konkurransevidningsvilkåret er oppfylt.⁵⁷ For å vurdere hvorvidt et støttetiltak vrir eller truer med å vri konkurransen, må det relevante marked fastlegges, dvs. det marked støtten har sin virkning på. Det relevante marked består av produktmarkedet og det geografiske markedet. Disse begrepene er blitt definert av ESA i tilknytning til konkurransereglene i EØS art. 53 og 54:

”Et relevant produktmarked omfatter alle varer og/eller tjenester som etter forbrukerens oppfatning er innbyrdes ombyttelige eller substituerbare ut fra egenskaper, pris og bruksområde.”(...) Et relevant geografisk marked omfatter et område der de berørte foretak tilbyr varer eller tjenester, der konkurransevilkårene er tilstrekkelig ensartet, og som kan holdes atskilt fra tilgrensende områder særlig fordi konkurransevilkårene der er merkbart forskjellige.”⁵⁸

Det er i første rekke det relevante produktmarked som har betydning for konkurransevidningsvilkåret.⁵⁹ Den sentrale vurderingen blir i hvilken grad varene og tjenestene støttemottakeren tilbyr kan substitueres med andre produkter. Dersom støttemottakerens produkt skiller seg så mye ut at det ikke er subsidierbart med andre varer eller tjenester, er det ikke i konkurranse med disse på markedet.

2.4.6 Samhandelskriteriet

For at statsstøtten skal rammes av forbudet i EØS art. 61 (1), må den være egnet til å påvirke samhandelen mellom avtalepartene i EØS. I likhet med konkurransevidningsvilkåret skal det lite til før samhandelskriteriet er oppfylt. I sak 730/79, *Philip Morris*, oppstilte EF-domstolen en presumsjon for at samhandelskriteriet er oppfylt der en støttemottaker konkurrerer med

⁵⁶ Se bla. sak 739/79 *Philip Morris Holland mot Kommisjonen*, premiss 11.

⁵⁷ Jf. forente saker 296 og 318/82 *Kongeriket Nederland og Leeuwarder Papierwarenfabriek mot Kommisjonen*, premiss 24.

⁵⁸ Se vedtak nr. 46/98/COL jf. EØS-tillegget 1998 nr. 28, kapittel 2 ”avgrensning av det relevante marked”, punkt 7 og 8.

⁵⁹ Det relevante geografiske marked har først og fremst betydning i vurderingen av om samhandelskriteriet er oppfylt.

andre virksomheter innenfor EØS-området.⁶⁰ Dersom støtten medfører en konkurransevridning, vil det altså være nok å vise at støttemottakeren deltar i samhandelen for at samhandelskriteriet skal anses oppfylt.

Dersom støttemottakeren opererer i flere EØS-land eller eksporterer varene sine, vil støtten normalt være egnet til å påvirke samhandelen. Etter EF-domstolens praksis vil imidlertid samhandelskriteriet i de fleste tilfeller også være oppfylt der mottakeren ikke tilbyr varer eller tjenester utenfor de nasjonale grensene. I slike tilfeller vil samhandelen f.eks. kunne påvirkes ved at mulighetene for utenlandske foretak til å tre inn på det aktuelle markedet vil kunne bli redusert.⁶¹ I forhold til samhandelskriteriet er det ikke nødvendig at virksomheten faktisk konkurrerer med tilbydere fra andre medlemsland i EØS. Det er tilstrekkelig at et utenlandsk foretak potensielt vil tilby tjenestene sine på støttemottakerens marked.⁶²

Det fremgår av EF-domstolens og Kommisjonens praksis at det skal lite til før også en lokal virksomhet må antas å påvirke samhandelen. I *Marina de Stabia* fant Kommisjonen at en havn sør i Italia kunne tiltrekke seg etterspørsel helt opp til den sydfranske kyst. Selv om det i utgangspunktet dreide seg om en lokal virksomhet, måtte samhandelskriteriet dermed anses oppfylt.⁶³

Dersom det kan påvises at støttemottakers virksomhet er rent lokal, viser en del avgjørelser fra ESA og Kommisjonen at samhandelskriteriet ikke anses oppfylt. Kommisjonens avgjørelse *Freizeitbad Dorsten* gjaldt kommunal støtte til en svømmehall.⁶⁴ Kommisjonen fant at svømmehallens tjenester ikke hadde potensielle etterspørere fra andre EØS-land, og at støtten dermed ikke var egnet til å påvirke samhandelen. ESA kom til samme konklusjon når det gjaldt støtte til norske offentlige barnehager.⁶⁵

EF-domstolen har i stor grad vært avvisende til at støtte til virksomheter som bare opererer lokalt ikke oppfyller samhandelskriteriet. I *Altmark* var spørsmålet om støtte til et lokalt busselskap kunne påvirke samhandelen. EF-domstolen tok ikke stilling til om foretak fra andre EØS-land var interessert i å etablere seg i støttemottakers marked, men fant at

⁶⁰ Premiss 11.

⁶¹ Jf. bla. forente saker T-298/97 *Alzetta*, premiss 91.

⁶² Jf. Sejersted mfl., *EØS-rett*. 2. utgave, Oslo 2004 s. 610.

⁶³ Se vedtak N-582/99, *Marina de Stabia*.

⁶⁴ Jf. vedtak N-258/00, *Freizeitbad Dorsten*.

⁶⁵ Jf. ESAs vedtak nr. 39/07/COL.7

potensielle utenlandske tilbydere ville få reduserte muligheter til å levere sine tjenester på dette markedet. EF-domstolen kom dermed til at samhandelskriteriet måtte anses oppfylt.

Som drøftelsen viser, vil samhandelskriteriet som hovedregel være oppfylt dersom det i EØS-området foregår en viss handel med den aktuelle varen eller tjenesten, selv om virksomheten bare opererer innenfor et lokalt område.

2.5 Tillatt statsstøtte

Offentlige støtteordninger som oppfyller vilkårene i EØS art. 61 (1), er i utgangspunktet forbudt. Det finnes imidlertid flere unntak fra dette som medfører at statstøtte på gitte vilkår anses som forenlig med EØS-avtalen. Art. 61 (2) og (3) angir de generelle vilkårene for hva slags støtte som kan tillates.

Videre åpner ODA protokoll 3 del 1 art.1 (2) for en særlig derogasjonsadgang for EFTA-statene. I medhold av denne bestemmelsen kan EFTA-statene treffe vedtak om at støtte skal anses forenlig med EØS-avtalen uten hensyn til forbudet i art. 61 (1). For at derogasjonsklausulen skal komme til anvendelse, må det imidlertid foreligge *usedvanlige omstendigheter*. Vedtaket krever enstemmighet og må anses som en sikkerhetsventil for medlemsstatene.

I det følgende vil jeg kort redegjøre for EØS art. 61 (2) og (3). Deretter vil jeg se litt på de ulike regelverkene som utdyper hva slags støtte som kan tillates.

2.5.1 EØS art. 61 (2) og (3)

EØS art. 61 (2) gjør unntak fra støtteforbudet i bestemmelsens første ledd for visse støttekategorier. Dersom vilkårene som følger av art. 61 (2) er oppfylt, har ESA *plikt* til å godkjenne støtten. Unntakene gjelder forbrukerstøtte av sosial karakter, støtte som har til formål å bøte på skader som skyldes naturkatastrofer eller andre eksepsjonelle hendelser, samt

støtte som skal kompensere økonomiske ulemper forårsaket av Tysklands deling. Unntakene som følger av art. 61 (2) er svært snevre og har sjelden vært brukt av ESA.⁶⁶

EØS art. 61 (3) åpner for at ESA *kan* gi dispensasjon til støtteordninger som strider mot forbudet i første ledd. Art. 61 (3) bokstav a)-c), angir de formål støtten må fremme for at det skal kunne gis dispensasjon. Dette gjelder støtte til områder med unormalt lav levestandard eller alvorlig underbeskjeftigelse, støtte til realiseringen av prosjekt av felles økonomisk betydning, samt støtte til utviklingen av enkelte næringsgrener eller økonomiske områder. Etter bokstav d) har dessuten EØS-komiteen kompetanse til å treffe vedtak om at andre former for støtte enn de som er angitt i bokstav a)-c) skal tillates.

Art. 61 (3) c) er mest relevant i forhold til denne fremstillingen. Bestemmelsen åpner for å tillate støtte som har til formål å *lette utviklingen av enkelte næringsgrener* eller på *enkelte økonomiske områder*. Bokstav c) tolkes slik at den hjemler støtte til områder eller regioner som har en dårligere økonomisk utvikling i forhold til andre regioner i samme medlemsland.

For at støtte skal tillates etter art. 61 (3) c), må støtten ha et formål som er forenlig med EØS-avtalen. Dette kan f.eks. være tiltak for å avhjelpe markedssvikt, eller tiltak for å nå legitime politiske eller sosiale mål. De viktigste formålene som kan kvalifisere til unntak etter denne bestemmelsen, fremgår av retningslinjer og gruppeunntak som er vedtatt på statstøtteområdet. Som eksempel kan nevnes støtte til små og mellomstore bedrifter, støtte til miljøprosjekter og støtte til forskning, utvikling og innovasjon.⁶⁷

Videre må støtten være nødvendig for å oppnå de aktuelle mål. Dersom det f.eks. ikke kan forventes at en virksomhet vil overleve uten støtte, vil dette vilkåret være oppfylt.

En viktig forutsetning for at støtte skal tillates etter bokstav c), er at den *ikke endrer vilkårene for samhandelen i et omfang som strider mot felles interesser*. Dette innebærer at det må skje en avveining mellom de positive virkningene støttetiltaket har for den økonomiske utviklingen i regionen, mot de negative konsekvensene det kan ha for samhandelen.

⁶⁶ Alterskjær mfl., *Statsstøtte - EØS-avtalens regler om offentlig støtt*, Bergen 2008 s. 80.

⁶⁷ Jf. Alterskjær mfl., *Statsstøtte - EØS-avtalens regler om offentlig støtte*, Bergen 2008 s. 80.

2.5.2 Gruppeunntak og retningslinjer

Det er vedtatt flere typer regelverk som utdyper kriteriene i EØS art. 61 (2) og (3) og angir nærmere hva slags støtte som kan tillates. Dette er med på å skape forutberegnelighet, og gjør det enklere for nasjonale myndigheter å yte støtte.

Gruppeunntakene angir relativt klart definerte tilfeller for når støtte kan gis. Støtte som oppfyller vilkårene i et gruppeunntak, kan iverksettes uten notifikasjon til ESA. Støttetiltak som omfattes av gruppeunntakene anses dermed som forhåndsgodkjent av ESA. EU-kommisjonen vedtok 6. august 2008 Kommisjonsforordning (EF) nr. 800/2008 om gruppeunntak. Dermed ble flere gruppeunntaksforordninger erstattet med én, det såkalte supergruppeunntaket. Den nye gruppeunntaksforordningen ble tatt inn i EØS-avtalen 7. november 2008 og ble gjennomført i norsk rett gjennom § 1 i forskrift om unntak fra notifikasjonsplikt for offentlig støtte av 14. november 2008. Gruppeunntakene gjelder bla. støtte til opplæring, sysselsetting, miljøstøtte og støtte til kvinnelige entreprenører.⁶⁸ De fastsetter bla. i hvilken form støtten kan gis, hvor mye støtte som kan gis, samt regler om tilsyn og melding.⁶⁹

Retningslinjene er mer skjønnspregede enn gruppeunntakene. De oppstiller vilkår for når statsstøtte kan godkjennes av ESA som forenlig med EØS-avtalen. ESA er imidlertid tillagt utstrakt skjønnsmyndighet ved vurderingen av hvorvidt støtte skal tillates.

ESAs retningslinjer og gruppeunntakene er ikke uttømmende. Dersom støttegiver ønsker å yte støtte til et formål som ikke er angitt i retningslinjer eller gruppeunntak, må støttegiver påberope en direkte anvendelse av EØS art. 61 (3). Det planlagte støttetiltaket må notifiseres til ESA, som vil foreta en konkret vurdering av om det kan tillates i medhold av art. 61 (3).

⁶⁸ Se nettstedet til Fornyings- og administrasjonsdepartementet, www.regjeringen.no/nb/dep/fad/aktuelt/nyheter/2008/enklere-a-gi-statsstotte--revisjon-avgr.html?id=520829

⁶⁹ Jf. Alterskjær mfl., *Statsstøtte - EØS-avtalens regler om offentlig støtte*, Bergen 2008 s. 82.

3. Forholdet mellom myndighetene og Hurtigruten

3.1 Innledning

Gjennom Hurtigruteavtalen som gjaldt fra 1991 til 2001, ble Hurtigruten tillagt transporttjenestene på kyststrekningen fra Bergen til Kirkenes mot en kompensasjon på til sammen 1875 millioner kroner. Avtalen ble inngått uten at det var nødvendig med en forutgående anbudsprosess.⁷⁰

Situasjonen var imidlertid en annen da Hurtigruteavtalen 2002-2004 skulle utarbeides. Avtalen måtte notifiseres til ESA før inngåelsen, og det ble klart at EØS-avtalen la en rekke føringer på norske myndigheter med hensyn til hvordan kjøp av transporttjenestene skulle foregå. ESA hadde innvendinger mot Hurtigruteavtalen på flere punkt.⁷¹ Grunnlaget for å vurdere om transporttjenestene Hurtigruten var tillagt kunne anses som tjenester av allmenn økonomisk betydning etter EØS art. 59 (2), var etter ESAs mening mangelfullt. For at tjenestene skulle anses å være av allmenn økonomisk betydning, måtte et virkelig behov for tjenesten kunne dokumenteres gjennom en uavhengig analyse. Videre fant ESA at prosessen ved tildelingen burde vært mer åpen.

Etter en lengre notifiseringsprosess ble avtalen likevel godkjent av ESA. Godkjenningen forutsatte imidlertid at et fremtidig tjenestekjøp måtte inngås gjennom en åpen og ikke-diskriminerende prosess, helst ved anbud. Dette ville gi andre rederier mulighet til å komme i betraktning som operatører, og sikre at kompensasjonens størrelse ikke oversteg den prisen som ville fremkommet under alminnelige markedsforhold gjennom fri konkurranse. Norske myndigheter var også forpliktet til å gjennomføre en uavhengig analyse av transportstandarden langs kysten for å kartlegge behovet for transporttjenestene.⁷²

⁷⁰ St.meld. nr. 16 (2003-2004) Om transportstandarden og kjøp av transporttjenester på kyststrekningen fra Bergen til Kirkenes, punkt. 2.2.

⁷¹ 417/01/COL EFTA Surveillance Authority decision of 19. December 2001 on Compensation for maritime transport services under the "Hurtigruten Agreement".

⁷² St. meld. nr. 16 (2003-2004), punkt 2.4 jf. 417/01/COL.

Forut for inngåelsen av gjeldende kontrakt om kyststruten Bergen - Kirkenes 2005-2012, fikk Transportøkonomisk institutt (TØI) derfor i oppgave av Samferdselsdepartementet å utrede spørsmål knyttet til transportstandarden for kysten Bergen - Kirkenes.⁷³ Deretter ble kontrakten mellom Hurtigruten og Samferdselsdepartementet inngått på bakgrunn av en offentlig anbudssprosses. Prosessen ved kjøpet av transporttjenestene måtte dermed anses å oppfylle Norges forpliktelser etter EØS-avtalen med hensyn til offentlige tjenestekjøp.

Dette innebærer at kompensasjonen som gis innenfor gjeldende Hurtigruteavtale faller inn under bestemmelsen i EØS art. 59 (2) om vederlag for tjenester av allmenn økonomisk betydning. Kompensasjonen anses dermed ikke som statsstøtte etter EØS art. 61 (1).

Det er imidlertid en forutsetning at kompensasjonen ikke overstiger det beløp som er avtalt mellom partene på bakgrunn av tilbudet fra Hurtigruten. Selv mindre endringer i avtalen kan medføre at det må arrangeres ny anbudskonkurranse for å unngå å komme i konflikt med statsstøtteforbudet. I mars 2009 ble det således klart at ESA vil undersøke en ekstrabevilgning på 125 millioner kroner som Hurtigruten mottok fra Samferdselsdepartementet i oktober 2008.⁷⁴ Denne vederlagsøkningen kan utgjøre statsstøtte.

I det følgende vil jeg redegjøre kort for Hurtigruteavtalen 2005-2012 og reglene om offentlige innkjøp. Dersom disse reglene følges, vil de være til hinder for at kompensasjonen som ytes for tjenesten utgjør statsstøtte. Videre vil jeg forsøke å vurdere om de 125 millioner kronene som Hurtigruten mottok fra Samferdselsdepartementet må anses som statsstøtte.

3.2 Hurtigruteavtalen 2005-2012 og reglene om offentlige innkjøp

Samferdselsdepartementet gjennomførte i 2004 en åpen anbudskonkurranse på sjøtransporttjenester på strekningen Bergen - Kirkenes.⁷⁵ Anbudet ble gjennomført i henhold til yrkestransportlovens forskrift om anbud i lokal rutetransport nr. 400 av 26. mars 2003. Dette må anses å være i samsvar med EØS-avtalens krav om at tjenestekjøpet skal foregå

⁷³ Se rapport 609/2002 Utredning av transportstandarden for kysten Bergen - Kirkenes.

⁷⁴ Se NRK www.nrk.no/nyheter/distrikt/nordland/1.6513172

⁷⁵ Anbudsinngivelse - Kjøp av sjøtransporttjenester på strekningen Bergen - Kirkenes i perioden 1.1.2006(-6) – 31.12.2012. Dokumentet er tilgjengelig på www.regjeringen.no/upload/kilde/sd/anb/2004/0001/ddd/pdfv/215188-anbgrlag.pdf

gjennom en åpen og ikke-diskriminerende prosess.⁷⁶ Redegjørelsen i det følgende er ikke en fremstilling av reglene i yrkestransportlovens forskrift om anbud, men bygger på grunnleggende hensyn bak nasjonale og EØS-rettslige regler om offentlige innkjøp.

En viktig funksjon ved reglene om offentlige anskaffelser er publisitet. For at mulige leverandører skal få kjennskap til at myndighetene etterspør visse varer eller tjenester, har det offentlige en plikt til å publisere at en anskaffelse er forestående.⁷⁷ Anbudsinnsbydelsen på sjøtransporttjenestene på strekningen Bergen - Kirkenes ble kunngjort på databasen DOFFIN, i Norsk Lysningsblad og i Official Journal of the EU for EØS-området.⁷⁸

Videre er likebehandling et viktig hensyn bak anskaffelsesreglene. Konkurransen om oppdrag skal skje på like betingelser. Dette innebærer at varen eller tjenesten som etterspørres ikke må være beskrevet på en slik måte at enkelte deltakere i anbudsprosessen favoriseres. I forhold til EØS-avtalen er det særlig viktig at tilbydere fra andre medlemsstater ikke hindres i å delta. I anbudsinnsbydelsen på sjøtransporttjenestene la oppdragsgiver til grunn at kravet om en ikke-diskriminerende anbudsprosess var ivarettatt ved at anbudet ble publisert i hele EØS-området og var utarbeidet i engelsk versjon i tillegg til den norske.⁷⁹

I tilknytning til kravet om likebehandling er det viktig at anbudsprosessen er gjenstand for innsyn. Transparens er derfor et sentralt hensyn bak anbudsreglene. Dette innebærer at det må fremgå av anbudsgrunnlaget hvilke krav som stilles til deltakerne, de nærmere reglene for gjennomføringen av anbudskonkurransen, konkurranseformen og de kriterier som legges til grunn ved tildelingen av kontrakten.⁸⁰ Slik søker anbudsreglene å begrense at myndighetene legger vekt på andre hensyn enn dem som knytter seg til selve tjenesteytelsen og tilbyderens evne til å levere kontraktsmessig ytelse ved tildeling av oppdrag. Ved utvelgelsen av tilbudene gir regelverket om offentlige innkjøp i hovedsak anvisning på to tildelingskriterier; utelukkende laveste pris eller det samlet sett økonomisk mest fordelaktige tilbud, jf. forskrift om anbud i lokal rutetransport § 19.

⁷⁶ Se anbudsinnsbydelsen s. 7.

⁷⁷ Jf. Sejersted mfl., *EØS-rett*, 2. utgave, Oslo 2004 s. 627.

⁷⁸ Se anbudsinnsbydelsen s. 1.

⁷⁹ Se anbudsinnsbydelsen s. 7.

⁸⁰ Jf. Sejersted mfl., *EØS-rett*, 2. utgave, Oslo 2004 s. 629.

Anbudsinnsbydelsen på sjøtransporttjenestene anga anbudsprosedyre og tildelingskriterier i punkt 3. I dette tilfellet var det prinsippet om det økonomisk mest fordelaktige tilbud som ble lagt til grunn ved rangering av tilbudene. Momentene som inngikk i vurderingen av hva som var det økonomisk mest fordelaktige tilbud, ble angitt i punkt 3.14 a) og b) i anbudsinnsbydelsen. Dersom en annen leverandør enn den som ga tilbud til laveste pris ble bedømt som klart mer leveringsdyktig, ville denne bli foretrukket, jf. a). Det samme gjaldt dersom en leverandør innenfor en prisdifferanse på inntil 5 prosent over billigere tilbud tilbød bla. høyere reisestandard eller mer miljøvennlige skip, jf. b).

En siste viktig funksjon ved reglene om offentlige innkjøp er etterprøvbarehet. Dette er nært knyttet til kravet om at anbudsprosessen må være gjenstand for innsyn. Regelverket gjør det mulig å forvisse seg om at reglene rent faktisk er fulgt. I forskrift om anbud i lokal rutetransport kommer dette bla. til uttrykk ved at kontraktstildelingen må kunngjøres, jf. §§ 6 og 12. Kunngjøringen skal bla. inneholde kriteriene for kontraktstildeling, antatt mottatte bud og leverandørens navn.

Det eneste tilbudet som forelå ved anbudsfristens utløp, var et felles tilbud fra rederiene som da drev Hurtigruten. Kontrakt om kystruten Bergen - Kirkenes for perioden 1.1.2005 - 31.12.12⁸¹ ble dermed inngått mellom Hurtigruten og Samferdselsdepartementet på bakgrunn av det innleverte tilbudet fra Hurtigruten og etterfølgende forhandlinger mellom partene. Kontrakten inneholder detaljerte beskrivelser av hva ytelsen fra Hurtigruten skal bestå i, jf. § 4 og 5, og presise angivelser av størrelsen på motytelsen fra myndighetene, jf. § 6.

3.3 Handlingsrom i Hurtigruteavtalen til å øke kompensasjonen?

Som nevnt vil offentlige tjenestekjøp som er skjedd i samsvar med reglene om offentlige anskaffelser, ikke anses som statsstøtte. Der en kontrakt er blitt tildelt på bakgrunn av en anbudsprosess, forutsettes det at kontraktsverdien representerer ytelsens markedsverdi. Dette kan ses på som en gjensidig utveksling av økonomiske goder, og inneholder således ikke noe støtteelement. Dette gjelder selv om det bare er én leverandør som gir tilbud etter

⁸¹ Dokumentet er tilgjengelig på www.regjeringen.no/upload/kilde/sd/prm/2004/0035/ddd/pdfv/232267-hurtigruteavtale.pdf

anbudsinnsbydelsen. Det må antas at leverandøren beregner prisen på tjenesten ut fra en forutsetning om at det kan bli konkurranse mellom flere tilbydere.

Samtidig medfører dette at partene må holde seg innenfor de relativt snevre rammene som kontrakten oppstiller. Dersom Hurtigruten unnlater å utføre en av de tilskuddsberettigede oppgavene eller myndighetene øker vederlaget, vil det innebære at det ikke lenger er samsvar mellom det offentliges ytelse og Hurtigrutens motytelse. I slike tilfeller må det utlyses en ny anbudskonkurranse. Dersom dette ikke gjøres, kan det foreligge en overkompensasjon som omfattes av statsstøtteforbudet i EØS art. 61 (1).

Hvilke endringer som skal til for at tjenesten må lyses ut på anbud igjen, beror på en tolkning av avtalen.

I oktober 2008 var representanter fra Landsdelsutvalget for Nord-Norge og Nord-Trøndelag i møte med ESA for å avklare hva slags handlingsrom myndighetene har innenfor gjeldende Hurtigruteavtale.⁸² I denne forbindelse uttalte ESA-president Per Sannerud til NTB at det er rom i avtalen til å øke kompensasjonen dersom forutsetningene endrer seg, men at det ikke må gjøres så mye at man får inn et element av subsidier.⁸³

Hurtigruteavtalen inneholder selv et punkt om reforhandling dersom forholdet mellom partene skulle endre seg, jf. avtalens § 8. Her fremgår det at

”[o]ffentlige pålegg som medfører betydelige kostnadsendringer samt radikale endringer av priser på innsatsfaktorer som partene ikke med rimelighet kunne forutse, gir hver av partene rett til å kreve forhandlinger om ekstraordinære reguleringer av statens godtgjørelse, endring av produksjonen eller andre tiltak.”

Ordene *betydelig* og *radikal* tyder på at det skal mye til for at reforhandling skal kunne kreves.

På bakgrunn av ESA-presidentens uttalelser og punktet om reforhandling i Hurtigruteavtalen, kan det legges til grunn at det er et visst handlingsrom i avtalen for å øke kompensasjonen. Dette gjelder imidlertid bare dersom det skjer endringer i avtaleforholdet som partene ikke kunne forutse på forhånd. Hovedhensynet bak statsstøtteforbudet, å unngå

⁸² Se Landsdelsutvalgets nettsted www.lu.no/content/view/2709/125/

⁸³ Se bla. www.pd.no/Innenriks/article3869601.ece

konkurranssevridning, taler for at tjenesten må lyses ut på anbud igjen dersom det er nødvendig med en større vederlagsøkning.

3.3.1 Tilleggsbevilgningen på 125 millioner kroner høsten 2008

I mars 2009 sendte ESA et brev til norske myndigheter med sikte på å undersøke om tilleggsbevilgningen på 125 millioner kroner kan anses som statsstøtte.⁸⁴

Tilleggsbevilgningen ble gitt over statsbudsjettet for 2008 på bakgrunn av en avtale mellom Hurtigruten og staten. Bevilgningen var delvis en kompensasjon for NOx-avgift for 2007 og innbetaling til næringslivets NOx-fond første halvår 2008.⁸⁵

NOx-avgiften ble innført fra 1. januar 2007 som et virkemiddel for å redusere Norges utslipp av nitrogenoksider (NOx).⁸⁶ Dette er miljøskadelige avgasser som utskilles ved forbrenning av olje og gass. Avgiften utgjorde fra 1. januar 2009 15,85 kroner per kilo utslipp av NOx.⁸⁷ Skip er en av de store forurensingskildene i denne sammenheng, og Hurtigrutens årlige utslipp er rundt 4500 tonn.⁸⁸ I utgangspunktet medfører dette at Hurtigruten må betale ca. 70 millioner kroner i NOx-avgift i året.

Hurtigruten er imidlertid tilsluttet Miljøavtalen, og er dermed fritatt for den alminnelige NOx-avgiften. Virksomheter som slutter seg til avtalen, som er inngått mellom 14 næringsorganisasjoner og Miljøverndepartementet, slipper NOx-avgift og betaler i stedet inn til Næringslivets NOx-fond.⁸⁹ Satsen for innbetaling til NOx-fondet er 4 kroner per kilo for skip. For Hurtigruten innebærer dette at kostnadene forbundet med NOx-utslipp er betydelig redusert. En nærmere redegjørelse for ordningen om fritak for NOx-avgift følger i punkt 4.4 i fremstillingen.

⁸⁴ Se uttalelse til NRK av Per Andreas Bjørgan, direktør i avdelingen for konkurranse og statlig støtte i ESA www.nrk.no/nyheter/distrikt/nordland/1.6513172

⁸⁵ Se St.prp. nr. 24 (2008-2009) Om endringer i statsbudsjettet for 2008 mv. under Samferdselsdepartementet. 5 Programkategori 21.40 Særskilde transporttiltak. Kap. 1330 Særskilde transporttiltak. Post 70 Kjøp av sjøtransporttenester på strakninga Bergen - Kirkenes.

⁸⁶ Jf. Vedtak om særavgifter til statskassen for budsjetterminen 2007. Avgift på utslipp av NOx (kap. 5549 post 70) www.lovdata.no/for/sf/sv/td-20061128-1342-022.html

⁸⁷ Se rundskriv fra Toll- og avgiftsdirektoratet www.toll.no/upload/aarsrundskriv/2009NOx.pdf

⁸⁸ Dagens Næringsliv www.dn.no/feeds/obi/article1474566.ece

⁸⁹ Se NHOs nettsted www.nho.no/bedriftenes-rolle/category460.html

I tillegg til kompensasjon for NOx-avgift, inngikk det i ekstrabevilgningen på 125 millioner en generell kompensasjon. Det fremgår av St.prp. nr. 24 (2008-2009) at

”[s]om følge av den vanskelege økonomiske situasjonen selskapet har kome i, finn departementet det òg nødvendig å gjere framlegg om ein generell økonomisk kompensasjon på 66 mill. kr for 2008 for å sikre at tenestetilbodet blir halde oppe på om lag same nivå som fastsett i gjeldande avtale. Departementet har òg godkjent at selskapet kan ta ut eitt skip av kystruta Bergen – Kirkenes f.o.m. november 2008 t.o.m. mars 2009.”⁹⁰

Spørsmålet er hvorvidt tilleggsbevilgningen kan anses som statsstøtte etter EØS art. 61 (1).

Av regjeringens forslag til NOx-avgift, jf. st.prp. nr. 1 (2006-2007) Skatte-, avgifts- og tollvedtak, fremgår det at

Regjeringen legger vekt på at utslippene av NOx reduseres uten at den økonomiske belastningen for næringene blir unødvendig høy. Det foreslås derfor betydelige kompensasjoner til enkelte berørte næringer.

Staten og fylkeskommunene har avtaler om kjøp av persontransporttjenester med hurtigruta, riksveifergene, de kommunale- og fylkeskommunale hurtigbåtene, jernbanen og enkelte regionale flyruter. Disse vil bli kompensert for avgiftsøkninger gjennom avtalene.”⁹¹

Regjeringen legger altså til grunn at Hurtigruteavtalen åpner for at det kan gis kompensasjon for NOx-avgift. Dette stiller seg noe annerledes når det gjelder innbetalingen til Næringslivets NOx-fond. Det fremgår av st.prp. nr. 59 (2007-2008) at grunnlaget for kompensasjonsordningene i forbindelse med NOx-avgiften falt bort når Miljøavtalen trådte i kraft.⁹² Det ble dermed foreslått at kompensasjonsordningene skulle reduseres.

Av Hurtigruteavtalens § 8 følger det at et kan forhandles om størrelsen på statens godtgjørelse dersom ”offentlige pålegg (..) medfører betydelige kostnadsendringer”.

NOx – avgiften utgjorde ca. 70 millioner kroner i året før Hurtigruten tilsluttet seg Miljøavtalen. Dette kan nok anses som en betydelig kostnadsøkning. NOx-kostnadene ved innbetaling til fondet er imidlertid vesentlig lavere enn etter avgiftssatsen. Det er dermed mer usikkert om kostnadsendringen er *betydelig*, slik Hurtigruteavtalen krever for at det partene skal kunne forhandles om statens vederlag. Dessuten kan bedriftene som er tilsluttet

⁹⁰ Se St. prp. nr. 24 (2008-2009) Om endringer i statsbudsjettet for 2008 mv. under Samferdselsdepartementet. 5 Programkategori 21.40 Særskilte transporttiltak. Kap. 1330 Særskilte transporttiltak. Post 70 Kjøp av sjøtransporttjenester på strekninga Bergen - Kirkenes.

⁹¹ Avsnitt 3.12 s. 72.

⁹² Tilleggsbevilgninger og omprioriteringer i statsbudsjettet 2008, avsnitt 2.2 NOx-avgift og avtale.

Miljøavtalen få støtte til gjennomføring av tiltak som reduserer NOx-utslippene. Slik kan en nærmest si at Hurtigruten kan få tilbake noe av det som er innbetalt til NOx-fondet.⁹³

I vedtak av 12 desember 2007⁹⁴ tok ESA stilling til om en kompensasjon for økt arbeidsgiveravgift kunne gis til Hurtigruten på bakgrunn av en lignende klausul om reforhandling i Hurtigruteavtalen 2002-2004. ESA uttalte at klausulen kun hjemlet en *mulighet* for å endre kontrakten som følge av uforutsette endringer. Den innebar ikke at kompensasjonen til Hurtigruten automatisk kunne økes dersom kostnadene ble høyere. Dette taler mot at kompensasjon for NOx-avgift og innbetaling til NOx-fondet kan gis i medhold av Hurtigruteavtalen.

St.prp. nr. 24 (2008-2009) gir lite grunnlag for å vurdere hvorvidt staten kunne gi en generell kompensasjon på 66 millioner kroner til Hurtigruten uten å komme i konflikt med statsstøtteforbudet. Det fremgår at kompensasjonen gis som følge av Hurtigrutens vanskelige økonomiske situasjon, uten at det sies noe nærmere om hvilke kostnader det kompenseres for.⁹⁵

En årsak til Hurtigrutens dårlige resultat i 2008, var den kraftige stigningen i bunkersprisen (drivstoffprisen). De løpende bunkerskostnadene økte med 25 millioner kroner i andre kvartal 2008.⁹⁶ Det fremgår av Hurtigruteavtalens § 8 at det kan forhandles om statens godtgjørelse dersom det skjer ”radikale endringer av priser på innsatsfaktorer som partene med rimelighet ikke kunne forutse.” De økte bunkersprisene kan etter min mening oppfylle dette vilkåret.

Imidlertid gjør samme argument som ovenfor seg gjeldende. Klausulen om reforhandling i Hurtigruteavtalen hjemler kun en mulighet for å øke kompensasjonen dersom kostnadene blir høyere. Det er dermed ikke gitt at kompensasjonen faktisk kan økes i medhold av avtalen, selv om det har funnet sted en kostnadsøkning.

⁹³ Dette vil det bli nærmere redegjort for under punkt 4.4 i fremstillingen.

⁹⁴ Vedtak nr. 660/07/COL.

⁹⁵ Se St. prp. nr. 24 (2008-2009) Om endringer i statsbudsjettet for 2008 mv. under Samferdselsdepartementet. 5 Programkategori 21.40 Særskilde transporttiltak. Kap. 1330 Særskilde transporttiltak. Post 70 Kjøp av sjøtransporttenester på strakninga Bergen - Kirkenes.

⁹⁶ NRK www.nrk.no/nyheter/distrikt/nordland/1.6190852

I vedtak nr. 660/07/COL om kompensasjon til Hurtigruten for økt arbeidsgiveravgift kom ESA til at kompensasjonen som var gitt, utgjorde en endring av Hurtigruteavtalen. Den måtte dermed anses som ny støtte etter ODA protokoll 3 del 2 art. 1 c).

Slik jeg ser det kan tilleggsbevilgningen på 125 millioner kroner, i likhet med kompensasjonen for økt arbeidsgiveravgift, betraktes som en endring i Hurtigruteavtalen. Det at staten godtar at et skip legges i opplag, taler også for at det i realiteten foreligger en endring i kontrakten. Dersom dette er tilfellet, skulle staten ha arrangert en ny anbudskonkurranse. Det er etter min mening trolig at ESA vil komme til at tilleggsbevilgningen ikke kan gis i medhold av Hurtigruteavtalen, men må anses som statsstøtte etter EØS art. 61 (1).

Det er i mai 2009 ikke klart om ESA vil iverksette en formell undersøkelsesprosedyre. Dersom det skjer og ESA skulle komme til at kompensasjonen helt eller delvis omfattes av statsstøtteforbudet i EØS art. 61 (1), vil Hurtigruten, forutsatt at ingen av unntaksbestemmelsene kommer til anvendelse, bli pålagt å tilbakeføre den ulovlige støtten.

4. Tillatte støtteordninger etter EØS-avtalen som omfatter Hurtigruten

4.1 Innledning

Økonomiske ordninger som omfatter Hurtigruten har flere ganger vært gjenstand for gransking av ESA. Slik har handlingsrommet til å gi støtte utenfor Hurtigruteavtalen blitt belyst. Differensiert arbeidsgiveravgift, nettolønnsordningen og fritak fra NOx-avgift er støtteordninger som er blitt godkjent av ESA, og som kommer Hurtigruten til gode. I motsetning til kompensasjonen som gis for utførelsen av offentlige tjenester, anses disse ordningene som statsstøtte. På bakgrunn av ESAs retningslinjer er støtten imidlertid forenlig med EØS-avtalen.

4.2 Differensiert arbeidsgiveravgift

4.2.1 Innledning

Den norske ordningen med differensiert arbeidsgiveravgift er et regionalpolitisk virkemiddel som sikrer bedrifter utenfor sentrale strøk en betydelig driftsstøtte. Spørsmålet om hvordan denne ordningen skulle bedømmes i forhold til statsstøttereglene, har vært omstridt. ESAs vedtak av 19. juli 2006 markerte et foreløpig punktum i debatten. På bakgrunn av de nye regionalstøtteretningslinjene, godkjente ESA en nesten fullstendig gjeninnføring av ordningen med differensiert arbeidsgiveravgift for perioden 2007-2013.⁹⁷

Differensiert arbeidsgiveravgift er en generell ordning som også kommer Hurtigruten til gode. Hurtigruten har imidlertid også vært spesifikt berørt av denne debatten. Selskapet mottok i 2004 en kompensasjon på 7,4 millioner kroner fra staten som følge av økte kostnader i forbindelse med endringer i ordningen med differensiert arbeidsgiveravgift. I vedtak av 5. juli 2006 besluttet ESA å iverksette formell undersøkelsesprosedyre. Den innledende granskningen konkluderte med at kompensasjonen for økt arbeidsgiveravgift utgjorde statsstøtte etter EØS art. 61 (1).⁹⁸ I ESAs vedtak av 12. desember 2007 ble imidlertid støtten godkjent som forenlig med EØS-avtalen på bakgrunn av ESAs retningslinjer om maritim transport ("Maritime Transport Guidelines").

I det følgende vil jeg først redegjøre for ESAs vedtak av 19. juli 2006 om differensiert arbeidsgiveravgift. Deretter vil jeg se på vedtaket av 12. desember 2007 om kompensasjon til Hurtigruten for økt arbeidsgiveravgift.

4.2.2 ESAs vedtak om differensiert arbeidsgiveravgift

Arbeidsgiveravgiften er regulert i folketrygdloven av 28. februar nr. 19. Avgiften er beregnet ut fra arbeidstakerens bruttolønn, og da Norge tiltrådte EØS-avtalen, var den differensiert ut fra bostedet til arbeidstakeren. Norge var delt inn i fem geografiske soner med ulik arbeidsgiveravgift.

⁹⁷ Vedtak nr. 228/06/COL.

⁹⁸ Vedtak nr. 215/06/COL

I november 1997 åpnet ESA formell undersøkelsesprosedyre av ordningen.⁹⁹ Endelig vedtak ble truffet i juli 1998.¹⁰⁰ Det ble fastslått at ordningen virket konkurransevridende på samhandelen innenfor EØS-området, og at den dermed utgjorde statsstøtte. Norge ble bedt om å bringe ordningen i samsvar med EØS-avtalen.

Norske myndigheter brakte beslutningen inn for EFTA-domstolen i medhold av ODA art. 36 (1) i september 1998. Domstolen avviste Norges påstand om at ordningen ikke utgjorde statsstøtte etter EØS art. 61 (1) og opprettholdt ESAs vedtak.¹⁰¹

For å innrette seg etter ESAs vedtak foreslo Norge endringer i ordningen med differensiert arbeidsgiveravgift. ESA godkjente i september 1999 den modifiserte ordningen frem til utløpet av 2003.¹⁰² Etter at ESA hadde godkjent ordningen, fant imidlertid Kommisjonen at en lignende ordning i Sverige ikke var forenlig med EF-traktaten. I lys av denne beslutningen, og etter diskusjoner mellom ESA og Kommisjonen, samt ESA og Norge, besluttet ESA å gjenoppta saken i 2002. Dette resulterte i et vedtak om at ordningen ikke var forenlig med EØS art. 61 (3) c).¹⁰³ Norge aksepterte etter dette tiltak som innebar at ordningen ble brakt i samsvar med EØS-avtalen innen 1. januar 2004.

ESA godkjente senere en overgangsordning for perioden 2004-2006, der satsene for arbeidsgiveravgiften gradvis ble trappet opp i sone 3 og 4. For Nord-Troms og Finnmark (sone 5) meldte myndighetene en fortsettelse av null-satsen til ESA. Denne notifikasjonen ble imidlertid trukket tilbake noe senere da EFTA –statene enstemmig vedtok å godkjenne støtten som forenlig med EØS-avtalen i medhold av en egen prosedyre som følger av art. 1 (2) tredje avsnitt i ODA protokoll 3 del 1.¹⁰⁴

I 2006 vedtok ESA nye regionalstøtteretningslinjer for 2007-2013.¹⁰⁵ Disse åpnet for større fleksibilitet til å yte statsstøtte i regioner med lav befolkningstetthet. På bakgrunn av de nye regionalstøtteretningslinjene, meldte Norge i juni 2006 en gjeninnføring av den differensierte

⁹⁹ Vedtak nr. 246/97/COL.

¹⁰⁰ Vedtak nr. 165/98/COL.

¹⁰¹ Sak E-6/98 *Norge mot ESA*.

¹⁰² Vedtak nr. 228/99/COL.

¹⁰³ Vedtak nr. 172/02/COL.

¹⁰⁴ Vedtak fra EFTAs faste komité av 1. juli 2003 nr 2/2003/SC.

¹⁰⁵ Vedtak nr. 85/06/COL.

arbeidsgiveravgiften til ESA. Ordningen ble meldt som ny støtte, i tråd med reglene i ODA protokoll 3 del 1 art. 1 (3). Målet med ordningen med differensiert arbeidsgiveravgift er å stimulere næringene i de regionene i Norge som har lavest befolkningstetthet, for å hindre fraflytting i disse områdene. I forhåndsmeldingen til ESA foreslo Norge å etablere 6 ulike geografiske soner med ulik arbeidsgiveravgift.

ESA tok stilling til om støtteordningen oppfylte vilkårene i EØS art. 61 (1). Som i de tidligere vedtakene ble det fastslått at alle vilkårene var oppfylt. Ordningen med differensiert arbeidsgiveravgift utgjør dermed statsstøtte i EØS-avtalens forstand.

De tidligere regionalstøtteretningslinjene åpnet ikke for regionalstøtte gitt i form av driftsstøtte. Dette var en del av årsaken til at ESA ikke kunne godkjenne ordningen med differensiert arbeidsgiveravgift i sine tidligere vedtak. De nye regionalstøttereglene som trådte i kraft fra og med 2007, åpner imidlertid for at driftsstøtte i enkelte tilfeller vil kunne tillates for å fremme regional utvikling. Det følger av punkt 69 i regionalstøtteretningslinjene at

”operating aid which is not both progressively reduced and limited in time may only be authorised in the least populated regions, in so far as it is intended to prevent or reduce the continuing depopulation of these regions.”

Videre følger det av fotnote 65 til pkt 69 i regionalstøtteretningslinjene at EFTA-staten må dokumentere at den foreslåtte støtteordningen er nødvendig, og at den er et egnet middel til å hindre eller redusere fraflytting.

ESA tok derfor stilling til om regionene som har redusert sats for arbeidsgiveravgift kan anses som *de minst befolkede regionene* i regionalstøtteretningslinjenes forstand. Retningslinjene punkt 69 definerer de minst befolkede områdene (som kan nyte godt av driftsstøtte) som områder med mindre enn åtte innbyggere per kvadratkilometer på NUTS 2-nivå.¹⁰⁶ Nord-Norge og regionen Hedmark-Oppland tilfredsstilte disse kravene. I følge retningslinjene punkt 69 omfattes også *tilliggende og sammenhengende mindre områder*. På bakgrunn av dette godkjente ESA at de to NUTS 3-områdene Nord-Trøndelag og Sogn og Fjordane oppfylte

¹⁰⁶ NUTS (“Nomenclature of territorial units for statistics”) er en standardkode for nasjonale administrative enheter som er definert og utviklet av Eurostat, EUs statistiske kontor. Norge er inndelt i 9 NUTS 2-regioner, mens fylkene svarer til NUTS 3-nivået, jf Alterskjær mfl. *Statsstøtte* s. 142 og note 265 s. 155.

vilkårene, med unntak av befolkningssentra i disse fylkene. ESA godtok også at 30 såkalte arbeidsmarkedsregioner som grenset til disse områdene, tilfredsstilte kravene.¹⁰⁷

ESA fant videre at Norge hadde godtgjort at ordningen med differensiert arbeidsgiveravgift er et nødvendig og egnet virkemiddel for å hindre fraflytting i de minst befolkede regionene. Endelig tok ESA stilling til om ordningen med differensiert arbeidsgiveravgift er forholdsmessig. I følge EØS art. 61 (3) c) kan støtte som har til formål å lette utviklingen på enkelte økonomiske områder anses forenlig med EØS-avtalen, ”forutsatt at støtten ikke endrer vilkårene for samhandelen i et omfang som strider mot felles interesser”. ESA foretok en avveining mellom de positive virkningene støtten ville ha for regionene med lav befolkning og den negative virkningen ordningen kunne ha på samhandelen. ESA konkluderte med at ordningen med differensiert arbeidsgiveravgift er proporsjonal i forhold til målet om å hindre fraflytting, og at den ikke påvirker samhandelen i et omfang som strider mot felles interesser.

Dermed ble ordningen med differensiert arbeidsgiveravgift godkjent som forenlig med EØS-avtalen på bakgrunn av EØS art. 61 (3) c) og de nye regionalstøtteretningslinjene. Ordningen er godkjent frem til 31. desember 2013. Dette er den mest omfattende støtteordningen som ESA noensinne har tillatt.

Det er i utgangspunktet virksomhetens lokalisering som er avgjørende for hvilken sone som skal benyttes. Av vedtak om fastsetting av avgifter mv. til folketrygden for 2009 § 1 i) første ledd følger det at et foretak som er arbeidsgiver anses å drive virksomhet i den kommunen hvor foretaket er registrert. Det samme gjelder når et foretak består av flere virksomheter som er geografisk eller næringsmessig avgrenset, såkalte underenheter, jf. bokstav i) annet ledd. Hurtigruten har hovedkontor i Narvik, og avdelingskontor i bla. Tromsø. Narvik kommune tilhører sone 4, noe som innebærer at det legges til grunn en sats på 5,1 prosent. Tromsø kommune tilhører sone 4 a), der satsen er 7,9 prosent.¹⁰⁸ Det er dermed disse satsene som må legges til grunn for beregningen av arbeidsgiveravgift i forhold til Hurtigruten.

Ikke alle områder får redusert sats, og noen kommuner har fått høyere sats enn de hadde etter den tidligere ordningen, deriblant Tromsø. Ordningen med regional differensiert

¹⁰⁷ Norge er inndelt i 162 arbeidsmarkedsregioner.

¹⁰⁸ Se skatteetatens nettsted om arbeidsgiveravgift til folketrygden for 2009
www.skatteetaten.no/upload/PDFer/SKD-meldinger/SKD_8_2009.pdf

arbeidsgiveravgift (RDA) innebærer at de avgiftsinntekter som går til staten som følge av dette, skal tilbakeføres til disse områdene. Midlene skal brukes til å bidra til verdiskaping og vekst i næringslivet i regionen.¹⁰⁹ Jeg antar at dette også kommer Hurtigruten til gode.

4.2.3 ESAs vedtak om kompensasjon til Hurtigruten for økt arbeidsgiveravgift

Endringer i den differensierte arbeidsgiveravgiften som trådte i kraft i 2004, førte til økt arbeidsgiveravgift for Hurtigruten. Som kompensasjon for dette fikk Hurtigruten en bevilgning på 7, 4 millioner kroner over statsbudsjettet for 2004. I vedtak 215/06/COL, der ESA besluttet å åpne formell undersøkelsesprosedyre, uttrykte ESA tvil om hvorvidt støtten var forenlig med EØS art. 59 (2).

Norske myndigheter hevdet på sin side at kompensasjonen kunne gis i medhold av Hurtigruteavtalen, og at den dermed måtte regnes som eksisterende støtte i tråd med ODA protokoll 3 del 2 art.1 b) ii). Det ble hevdet at punkt 10 i Hurtigruteavtalen åpnet for at partene kunne kreve reforhandling dersom forutsetningene for avtalen endret seg. I følge myndighetene oppfylte økningen i arbeidsgiveravgiften dette vilkåret. Myndighetene anså videre kompensasjonen som nødvendig for at Hurtigruten skulle kunne opprettholde samme nivå på transporttjenestene som selskapet var forpliktet til etter avtalen.

ESA fastslo kort at vilkårene i EØS art. 61 (1) var oppfylt, og at kompensasjonen dermed var å anse som statsstøtte.

Deretter tok ESA stilling til hvorvidt kompensasjonen skulle regnes som ny eller eksisterende støtte. I denne forbindelse påpekte ESA at klausulen om reforhandling i Hurtigruteavtalens punkt 10 kun hjemlet en *mulighet* for å endre kontrakten som følge av uforutsette endringer. Den innebar ikke at kompensasjonen til Hurtigruten automatisk kunne økes dersom kostnadene ble høyere.

ESA fant derfor at kompensasjonen på 7, 4 millioner kroner utgjorde en endring av Hurtigruteavtalen. Tiltaket måtte dermed anses som ny støtte i tråd med ODA protokoll 3 del

¹⁰⁹ Se Troms fylkeskommunes nettsted www.tromsfylke.no/default.aspx?subcat=651&art=4066

2 art. 1 c). Dette innebærer at støtten skulle ha vært meldt til ESA, jf. ODA protokoll 3 del 1 art. 1 (3). Støttetiltaket kunne ikke iverksettes før kompensasjonen eventuelt ble godkjent av ESA.

Videre tok ESA stilling til om kompensasjonen for økt arbeidsgiveravgift kunne gis på bakgrunn av EØS art. 61 (3) c). ESA har vedtatt retningslinjer for hvordan art. 61 (3) c) skal anvendes i forbindelse med statsstøtte til maritim transport.

Punkt 2 i del 3.2 i ESAs retningslinjer om støtte til maritim transport nevner støttetiltak som er tillatt overfor sjøfarten i EØS-området. Her fremgår det at reduserte satser for arbeidsgiveravgift er tillatt, så fremt det gjelder for EØS-sjøfolk om bord på skip som er registrert i en EØS-stat. Begrepet "EØS-sjøfolk" innebærer at det må dreie seg om innbyggere fra EØS-medlemsstatene som arbeider ombord på skip som driver rutebasert passasjertransport mellom havner i EØS-området.

Av punkt 3 fremgår det at medlemsstatene også kan velge å gi refusjon for kostnadene som arbeidsgiveravgiften utgjør, i stedet for å operere med reduserte satser. Dette forutsetter at det kan bevises at støtten som gis faktisk er en kompensasjon for avgiften, og at det ikke foreligger overkompensasjon. Ordningen må være transparent for å hindre misbruk.

ESA fant at støtten som var gitt til Hurtigruten, skulle kompensere for økt arbeidsgiveravgift. Den var således i samsvar med punkt 2 og 3 i del 3.2 i retningslinjene for maritim transport. Norske myndigheter bekreftet at Hurtigruteskipene var registrert i Norge, og vilkåret om at skipet måtte være registrert i en medlemsstat var dermed oppfylt. Kravet om at arbeidsgiveravgiften måtte gjelde EØS-sjøfolk var også oppfylt. Den største delen av Hurtigrutens drift utgjorde passasjertransport, og den gikk i rute langs norskekysten, som er en del av EØS-området. Norske myndigheter hadde videre dokumentert at alle de ansatte på Hurtigruteskipene i 2004 var innbyggere fra EØS-stater.

ESA fant også at det var sammenheng mellom støtten som var gitt og den økte arbeidsgiveravgiften. Kompensasjonens størrelse tilsvarte nøyaktig økningen i arbeidsgiveravgiften for Hurtigruten, og det forelå heller ikke overkompensasjon. Støtten ble bevilget over statsbudsjettet for 2004. ESA anså at den dermed var gitt på en transparent måte som ikke åpnet for misbruk.

ESA konkluderte med at kompensasjonen for økt arbeidsgiveravgift til Hurtigruten var i samsvar med EØS art. 61 (3) c), anvendt på bakgrunn av retningslinjene for maritim transport.

4.3 Nettolønnsordningen

4.3.1 Bakgrunn

Nettolønnsordningen er en refusjonsordning for sjøfolk som innebærer at rederiene mottar refusjon tilsvarende summen av innbetalt inntektsskatt, trygdeavgift og arbeidsgiveravgift for mannskap som er omfattet av ordningen. Hensikten med denne typen støtteordninger er å styrke konkurranseevnen til europeisk sjøfartsindustri og beskytte sysselsettingen innen EØS-området.¹¹⁰

Den første nettolønnsordningen trådte i kraft 1. juli 2002, etter at ESA hadde godkjent ordningen som forenlig med EØS-avtalen.¹¹¹ Denne ordningen gjaldt kun for passasjerskip i utenriksfart som var oppført i NOR (Norsk Ordinært Skipsregister). Fra 1. juli 2003 ble nettolønnsordningen utvidet til også å omfatte offshorefartøyer i NOR. Dette ble godkjent av ESA i oktober 2003.¹¹²

De tidligere norske ordningene omfattet ikke alle som var skattepliktige til Norge, men bare sjøfolk som var skattepliktige til Norge på grunnlag av bosted. Dette var en indirekte diskriminering av andre EØS-sjøfolk, da det medførte at en reder kun fikk refusjon av skatt for de ansatte som var bosatt i Norge. ESA ble gjort oppmerksom på dette gjennom klager. Ordningen ble endret fra 1. januar 2006 etter innsigelse fra ESA. Nettolønnsordningen inneholdt ikke lenger et indirekte krav om bosted, og den ble godkjent av ESA i oktober 2006.¹¹³

Fra 1. juli 2006 ble nettolønnsordningen utvidet til å omfatte sjøfolk om bord på øvrige fartøy som er oppført i NOR, dvs. også skip i innenriks fart. Nettolønnsordningen for

¹¹⁰ Jf. Alterskjær mfl., *Statsstøtte - EØS-avtalens regler om offentlig støtte*, Bergen 2008 s. 233.

¹¹¹ Vedtak nr. 117/02/COL.

¹¹² Vedtak nr. 187/03/COL.

¹¹³ Vedtak nr. 280/06/COL.

utenriksfergene i NOR er imidlertid avgrenset til kun å gjelde sikkerhetsbemanningen i henhold til skipenes alarminstruks. Dette innebærer at en del av de ansatte som tidligere var omfattet av ordningen, nå faller utenfor, f.eks. hotellbesetningen om bord på utenriksfergene.¹¹⁴

Bemanningen på Hurtigrutens skip var imidlertid ikke omfattet av nettolønnsordningen. Dette skyldtes bla. usikkerhet fra myndighetenes side om hvordan ESA ville vurdere nettolønnsordningen i forhold til statens kjøp av transporttjenester. Flere av Hurtigrutens konkurrenter hadde dermed et konkurransefortrinn i forhold til selskapet. For å bedre Hurtigrutens konkurransesituasjon, foreslo regjeringen at sikkerhetsbemanningen på skipene som betjener strekningen Bergen - Kirkenes skulle tas inn under nettolønnsordningen.¹¹⁵

Endringene som ble innført i nettolønnsordningen i 2006, som også omfattet Hurtigruten, ble godkjent av ESA i desember samme år.

Nettolønnsordningen reguleres av forskrift 21. desember 2005 nr. 1720 om forvaltning av tilskudd til sysselsetting av sjøfolk. Sjøfartsdirektoratet har utarbeidet en veiledning som gir utfyllende bestemmelser til forskriften.¹¹⁶

4.3.2 ESAs vedtak om endringer i nettolønnsordningen for sjøfolk ombord på fartøy i NOR

Norske myndigheter meldte endringene i nettolønnsordningen til ESA høsten 2006, i samsvar med regelen for ny støtte i ODA protokoll 3 del 1 art. 1 (3). ESA tok stilling til dette i vedtak nr. 412/06/COL 19. desember 2006.

ESA fant, som i sine tidligere avgjørelser vedrørende nettolønnsordningen, at vilkårene i EØS art. 61 (1) var oppfylt. Det at ordningen var utvidet til å omfatte nye skip, endret ikke dette utgangspunktet. Avgrensningen av ordningen til kun å gjelde sikkerhetsmannskapet på

¹¹⁴ Jf. Budsjett-innst.S nr. 8 (2005-2006) og St.prp. nr. 1 Tillegg nr. 1 2005-2006.

¹¹⁵ St.prp. nr. 1 (2006-2007) Nærings- og handelsdepartementet Kap. 909 Tiltak for sysselsetting av sjøfolk, Tilskudd til sysselsetting av sjøfolk overgangsbevilgning s. 85 og 86.

¹¹⁶ se bla.

www.sdir.no/upload/Fart%C3%B8y%20og%20sj%C3%B8folk/Refusjonsordning/Veiledninger/VEILEDNING%20NETTOL%C3%98NNSORDNING%20FOR%20SKIP%20I%20NOR.pdf

utenriksfergene hadde heller ingen betydning i denne sammenheng. Ordningen utgjorde dermed statsstøtte etter EØS-avtalen.

Videre tok ESA stilling til om nettolønnsordningen likevel kunne anses som forenlig med EØS-avtalen på bakgrunn av EØS art. 61 (3) c). Hvordan art. 61 (3) c) skal anvendes i forhold til statsstøtte til maritim transport, fremgikk av kapittel 24A i ESAs retningslinjer for statsstøtte.¹¹⁷ I vedtak nr. 280/06/COL fant ESA at nettolønnsordningen slik den opprinnelig var, var forenlig med de såkalte maritime retningslinjene. ESA måtte nå ta stilling til hvorvidt endringene i ordningen forandret dette utgangspunktet.

Formålet med de maritime retningslinjene er bla. å bidra til sikker, effektiv og miljøvennlig sjøtransport, hindre utflagging fra EØS-statene og sørge for at EØS-statene opprettholder en konkurransedyktig flåte på verdensmarkedet. Norske myndigheter hadde oppgitt at endringene i nettolønnsordningen bla. skulle bidra til å styrke den norske flåtens konkurranseposisjon i markedet, oppmuntre skip til å flagge til Norge og beskytte sysselsettingen innenfor sjøfartsbransjen. ESA kom til Norge dermed hadde godtgjort at endringene i nettolønnsordningen var i samsvar med retningslinjenes formål.

Bestemmelsene i ESAs retningslinjer om støtte til maritim transport får bare anvendelse på aktiviteter som kan karakteriseres som ”maritim transport”. Maritim transport defineres av ESA som ”transport of goods and persons by sea.” For at nettolønnsordningen skulle anses forenlig med retningslinjene, var det derfor et vilkår at fartøyene som ble omfattet av den, måtte drive sjøtransport av personer og gods. I følge retningslinjene kan også taue- og slepefartøy motta statsstøtte dersom mer enn 50 prosent av fartøyets aktivitet utgjør såkalt maritim transport. Norske myndigheter hadde notifisert støtte til tauefartøy og fartøy involvert i petroleumsvirksomhet, men bare så fremt 50 prosent av virksomheten besto i maritim transport. ESA fant dermed at endringene i nettolønnsordningen til også å omfatte slike fartøy, var i tråd med de maritime retningslinjene.

I følge retningslinjene om maritim transport del 3.2 (2) kan støtte gis i form at reduserte satser for arbeidsgiveravgift og trygdeavgift for EØS-sjøfolk, forutsatt at de er ansatt på et fartøy som er registrert i en EØS-stat. Støtte kan også gis i form reduserte satser for inntektsskatt for

¹¹⁷ ESAs retningslinjer er endret siden dette vedtaket. Dette fremgår nå av del 3 ”Sector specific rules”, under punktet ”Aid to maritime transport”.

EØS-sjøfolk ombord på skip som er registrert i en EØS-stat. ESA kom til at nettolønnsordningen, som gjelder refusjon for arbeidsgiveravgift, trygdeavgift, og inntektsskatt for sjøfolk, var i samsvar denne bestemmelsen. ESA fant også at de sjøfolkene som var omfattet av ordningen, kunne anses som EØS-sjøfolk. Norske myndigheter hadde oppgitt at ordningen omfattet sjøfolk som skattet til Norge eller til en annen EØS-stat¹¹⁸, eller som var innbygger i et land som var tilsluttet EØS-avtalen, og som var skattepliktige til Norge for inntekt som ble opptjent ombord.

ESA kom til at den foreslåtte avgrensningen av nettolønnsordningen til kun å gjelde sikkerhetsbemanningen ombord på utenriksferger i NOR, ikke utgjorde diskriminering. Avgrensningen skjedde etter objektive kriterier, dvs. på bakgrunn av bestemmelsene i skipenes alarminstruks, og gjaldt alle EØS-sjøfolk.

ESA konkluderte med at den notifiserte nettolønnsordningen var forenlig med EØS-avtalen på bakgrunn av EØS art. 61 (3) c). ESA så dermed ingen grunn til å forby noen av de foreslåtte endringene. ESA minnet imidlertid om plikten til å gi årlige rapporter vedrørende gjennomføringen av ordningen, jf. art. ODA protokoll 3 del 2 art. 21.

Fra 1. juli 2007 ble dermed sikkerhetsbemanningen på Hurtigruteskipene innlemmet i nettolønnsordningen. Dette utgjør omlag 390 ansatte,¹¹⁹ og innebærer at selskapet mottar ca. 90 millioner kroner i året.¹²⁰

4.4 Midlertidig fritak for NOx-avgift

4.4.1 Bakgrunn

Gjennom Gøteborgprotokollen som trådte i kraft 17. mai 2005, forpliktet Norge seg til å redusere de årlige utslippene av den miljøskadelige avgassen nitrogenoksid (NOx) til 156 000

¹¹⁸ Dvs. for all inntekt som var opptjent, også utenom Norge.

¹¹⁹ St.prp. nr. 59 (2007-2008) Tilleggsbevilgninger og omprioriteringer i statsbudsjettet 2008 3.9 Nærings- og handelsdepartementet Kap. 909 Tiltak for sysselsetting av sjøfolk Post 73 Tilskudd til sysselsetting av sjøfolk, overslagsbevilgning.

¹²⁰ I følge Stein Lillebo, kommunikasjonsrådgiver i Hurtigruten.

tonn innen 2010. Stortinget vedtok derfor 28. november 2006 å innføre avgift på utslipp av NOx fra 1. januar 2007.¹²¹ Avgiften omfatter større fiskefartøy og andre skip, større motorer, kjeler og turbiner i industrien og fakler på offshoreinstallasjoner og landanlegg. Noen fartøy er imidlertid unntatt, bla. skip som går i fart mellom norsk og utenlandsk havn.¹²²

Da Stortinget behandlet NOx-avgiften, ble det bestemt at virksomheter kunne få avgiftsfritak dersom de omfattes av en miljøavtale med staten om NOx-reduserende tiltak med klart fastsatte mål. Den 14. mai 2008 ble det inngått en slik avtale mellom Miljøverndepartementet og fjorten næringsorganisasjoner, deriblant Byggevareindustriens Forening, Fiskebåtredernes Forbund, Fiskeri- og Havbruksnæringens Landsforening, Fraktefartøyenes Rederiforening, Næringslivets Hovedorganisasjon og Oljeindustriens Landsforening.¹²³

Miljøavtalen om reduksjon av NOx-utslipp gjelder for 2008, 2009 og 2010. Bedrifter som slutter seg til avtalen slipper dermed å betale NOx-avgift i tre år. I følge avtalen forplikter næringsorganisasjonene seg til å redusere utslippene av NOx med ca. 30 000 tonn.¹²⁴ Dette skjer ved at det gjennomføres utslippsreduserende tiltak i enkeltvirksomhetene som slutter seg til avtalen. De fjorten næringsorganisasjonene som undertegnet avtalen med staten har i henhold til denne opprettet et fond, Næringslivets NOx-fond, som skal gi tilskudd til virksomheter som gjennomfører tiltak for å redusere utslippene. Utslippene kan bla. reduseres ved forbedring av forbrenningsprosessene eller ved montering av rensutstyr.

Bedriftene tilslutter seg Miljøavtalen gjennom å undertegne tilslutningserklæringen som definerer forpliktelsene og rettighetene i forhold til Næringslivets NOx-fond. Bedriftene mottar deretter et tilslutningsbevis. Hurtigruten er som nevnt et av selskapene som har sluttet seg til Miljøavtalen.

Virksomheter som slutter seg til avtalen betaler inn til fondet i henhold til det antall kilo NOx virksomheten slipper ut, jf. avtalen punkt 2.5. Det er fondet selv som bestemmer betalingssatsene og hvordan pengene skal brukes. Satsene er bestemt ut fra inntektsbehovet fondet har for å kunne gi støtte som er tilstrekkelig for å oppfylle forpliktelsene etter avtalen.

¹²¹ St.prp. nr. 1 (2006-2007) Skatte-, avgift-, og tollvedtak, punkt 3.12 (kap. 5549 post 70) s. 71.

¹²² Vedtak om særavgifter til statskassen for budsjetterminen 2007 § 2 www.lovdato.no/for/sf/sv/td-20061128-1342-022.html

¹²³ Dokumentet er tilgjengelig på www.nho.no/getfile.php/Miljoavtalen%285%29.pdf

¹²⁴ Jf. Miljøavtalen punkt 3.1.

Staten har ikke instruksjons- eller styringsrett over fondet og har ikke krav på representasjon i fondets styrende organer.

I følge Miljøavtalen er næringsorganisasjonene forpliktet til å arbeide aktivt for å øke kapasiteten i markedet for å gjennomføre utslippsreduserende tiltak. Myndighetene og næringsorganisasjonene skal i denne forbindelse samarbeide om å kartlegge, utvikle og informere om mulige utslippsreduserende tiltak, jf. avtalen punkt 2.6 og 2.7.

Statens forurensningstilsyn kontrollerer om reduksjonsforpliktelsen det enkelte år er oppfylt. Dersom næringsorganisasjonene har oppfylt mindre enn 90 prosent av den årlige forpliktelsen, må virksomhetene i følge Miljøavtalen punkt 9.4 betale NOx-avgift for den prosentvise andel av forpliktelsen som ikke er oppfylt.

ESAs godkjenning var en forutsetning for at Miljøavtalen skulle tre i kraft. Avtalen ble godkjent av ESA 16. juli 2008, jf. vedtak nr. 501/08/COL.

4.4.2 ESAs vedtak om midlertidig fritak for NOx-avgift

I sin vurdering tok ESA først stilling til om fritak for NOx-avgift ble omfattet av statsstøtteforbudet i EØS art. 61 (1). ESA gjennomgikk de fire vilkårene som må være oppfylt for at et tiltak skal anses som statsstøtte etter denne bestemmelsen.

For det første er det et krav om at avgiftsfritaket må kunne ses på som *en økonomisk fordel*. ESA slo kort fast at det utgjorde en økonomisk fordel dersom en virksomhet helt eller delvis ble fritatt for avgifter. Det foreslåtte tiltaket førte til at virksomheter som normalt var forpliktet til å betale NOx-avgift, ble fritatt for dette, og ordningen representerte dermed en økonomisk fordel.

Videre må støtten være gitt av *statsmidler*. ESA fant at ved å gi tillatelse til avgiftsfritak til virksomheter som var omfattet av avtalen, hadde norske myndigheter gitt avkall på skatteinntekter som de normalt ville ha fått fra disse virksomhetene. Dette gikk ut over statens ressurser, og kunne likestilles med støtte som ble gitt direkte av statsmidler.

Det er også et vilkår etter art. 61 (1) at støtten må *begunstige enkelte foretak eller produksjonen av enkelte varer*. Norske myndigheter hevdet at avgiftsfritaket var generelt og ikke begrenset seg til noen bestemt næring eller sektor. ESA aksepterte at muligheten til å tilslutte seg avtalen var åpen for en vid kategori av virksomheter innenfor ulike sektorer. ESA fant imidlertid at tiltaket var selektivt på grunn av skjønnsmyndigheten som var tillagt norske myndigheter når det gjaldt gjennomføringen av avgiftsfritaket. Staten var ikke forpliktet til å inngå avtalen med næringsorganisasjonene, men kunne fritt velge om en slik avtale skulle inngås og hvilke organisasjoner som eventuelt skulle være part i avtalen.

Det fjerde og siste vilkåret etter art. 61 (1), er at tiltaket må være *konkurransevridende og egnet til å påvirke samhandelen*. ESA fant det sannsynlig at flere av virksomhetene som var omfattet av avgiftsfritaket konkurrerte på det internasjonale marked, f.eks. innenfor den internasjonale oljebransjen. Disse var dermed involvert i samhandelen mellom EØS-statene. ESA kom dessuten til at avgiftsfritaket ville medføre at virksomheter som var omfattet av dette, ble gitt en fordel på bekostning av andre virksomheter i samme eller tilknyttede bransjer.

Ettersom alle vilkårene i art. 61 (1) var oppfylt, måtte avgiftsfritaket anses som statsstøtte etter denne bestemmelsen.

Videre tok ESA stilling til om fritaket for NO_x-avgift likevel kunne godkjennes som forenlig med EØS-avtalen etter EØS art. 61 (3) c). ESA vurderte dette på bakgrunn av kapittelet om støtte til miljøvern i retningslinjene for statsstøtte ("Environmental Aid Guidelines").

I følge punkt 151 i ESAs miljøretningslinjer, kan støtte i form av fritak fra en miljøavgift anses om forenlig med EØS – avtalen etter art. 61 (3) c) dersom to vilkår er oppfylt. For det første må avgiftsfritaket bidra, i det minste indirekte, til å bedre miljøvernet. For det andre må fritaket ikke undergrave målet som skulle oppnås gjennom avgiften.

ESA fant det godtgjort at et fritak for NO_x-avgift gjennom Miljøavtalen ville redusere NO_x-utslippene, bla. ved at utslippsreducerende teknologi ville bli utviklet og etterspurt. Avgiftsfritaket ville heller ikke undergrave målet som skulle oppnås gjennom NO_x-avgiften, men bidro snarere til oppfyllelsen av det. Begge vilkårene i punkt 151 måtte dermed anses oppfylt.

Videre er det et krav om at støtte i form av et avgiftsfritak må være nødvendig. Dette nødvendighetsprinsippet er blitt oppstilt av EF-domstolen.¹²⁵ Det kommer også til uttrykk i ESAs miljøretningslinjer punkt 27 jf. punkt 158. I følge punkt 158 må tre vilkår være oppfylt for at støttetiltaket skal anses som nødvendig.

For det første må støttemottakerne velges ut fra objektive og åpne kriterier, og støtten må i utgangspunktet kunne tilfalle alle virksomheter innenfor samme sektor/bransje dersom forutsetningene ellers er de samme. Når det gjaldt det foreslåtte fritaket for NOx-avgift, fant ESA at staten hadde skjønnsfrihet i forhold til om en Miljøavtale skulle inngås. Når en slik avtale først var inngått, ble avgiftsfritak imidlertid innvilget til alle bedrifter som tilsluttet seg denne. ESA fant dermed at det første vilkåret i miljøretningslinjene punkt 158 måtte anses oppfylt.

I følge det andre og tredje vilkåret i punkt 158 i miljøretningslinjene må avgiftsfritaket være nødvendig fordi avgiften ellers må føre til en betydelig kostnadsøkning som ikke kan veltes over på forbrukerne uten at det leder til salgsreduksjon. ESA fant at virksomhetene som kunne dra fordel av avgiftsfritaket i hovedsak drev med sjø- eller flytransport, energiutvinning og olje- og gassproduksjon. Disse aktivitetene er gjenstand for sterk internasjonal konkurranse. Dersom de økte kostnadene som NOx-avgiften medførte skulle veltes over på forbrukerne, fant ESA det sannsynlig at forbrukerne ville velge en av de andre varene/tjenestene som er tilgjengelig på markedet. En prisøkning som følge av avgiften ville derfor innebære forminsket etterspørsel for virksomhetene som er omfattet av den. ESA kom til at også det andre og tredje vilkåret i punkt 158 var oppfylt.

Endelig oppstilles det et krav om proporsjonalitet. Punkt 159 (c) i miljøretningslinjene oppstiller tre vilkår som må være oppfylt for at miljøtiltak som er inngått på bakgrunn av frivillige avtaler skal anses som proporsjonalt. For det første må målet med tiltaket og tidsrommet det skal gjelde for være klart definert i avtalen. ESA slo kort fast at avtalen om fritak for NOx-avgift oppfylte dette vilkåret.

¹²⁵ Jf. sak 730/79 *Philip Morris mot Kommisjonen*.

Det andre vilkåret krever at staten må sikre en overvåkning av at forpliktelsene som følger av avtalen blir oppfylt. I følge Miljøavtalen har næringsorganisasjonene en halvårlig og årlig rapporteringsplikt som kontrolleres av Statens forurensningstilsyn. ESA fant at det andre vilkåret i punkt 159 (c) dermed var oppfylt.

I følge det tredje vilkåret må avtalen revideres i lys av den teknologiske utviklingen. På grunn av Miljøavtalens korte varighet inneholder den ikke noe revideringsmekanisme, men det fremgår at partene skal vurdere avtalens virkninger innen mai 2010. Det tredje vilkåret krever også at avtalen inneholder en sanksjonsordning dersom forpliktelsene ikke oppfylles. I følge Miljøavtalen punkt 9.4 må virksomhetene, ved mer enn 10 prosent avvik fra reduksjonsforpliktelsen, betale for den prosentvise andelen av forpliktelsen som ikke er oppfylt. ESA anså også det tredje vilkåret i punkt 159 (c) som oppfylt.

For at støtten skal være proporsjonal i henhold til punkt 159 (c), er virksomhetene som er tilsluttet avtalen forpliktet til å oppfylle miljømålene i samme grad som etter punkt 159 (a), (b) eller minimumsavgiftssatsen i Fellesskapet. Punkt 159 (b) angir at støtten er proporsjonal dersom det betales minst 20 prosent av den nasjonale avgiften. ESA fant at reduksjonen av NO_x-utslipp som virksomhetene hadde forpliktet seg til gjennom Miljøavtalen, var høyere enn den reduksjon man ville oppnå dersom 20 prosent av avgiften ble betalt. ESA konkluderte derfor med at alle vilkårene under punkt 159 i miljøretningslinjene var oppfylt.

Det foreslåtte fritaket for NO_x-avgift for virksomheter som tilsluttet seg Miljøavtalen, måtte dermed anses som forenlig med EØS-avtalen etter art. 61 (3) c).

Som nevnt under punkt 3.3.1 i fremstillingen, innebærer fritaket for NO_x-avgift at kostnadene forbundet med NO_x-utslipp er betydelig redusert for Hurtigruten. Hurtigrutens årlige utslipp av NO_x er rundt 4500 tonn. Med en avgiftssats på over 15 kroner per kilo NO_x-utslipp, utgjorde dette ca. 70 millioner kroner i NO_x-avgift i året. Satsen for innbetaling til NO_x-fondet er imidlertid 4 kroner per kilo for skip. Dette innebærer at Hurtigrutens NO_x-kostnader er redusert til i underkant av 20 millioner kroner. Dessuten kan Hurtigruten søke om å få støtte fra Næringslivets NO_x-fond til å gjennomføre utslippsreducerende tiltak.¹²⁶

¹²⁶ Se NHOs nettsted www.nho.no/soeknader-om-stoette/category464.html

5. Offentlig eierskap - markedsinvestorprinsippet

5.1 Innledning

Spørsmålet om Hurtigrutens fremtid engasjerer mange, særlig i Nord-Norge. I møte 19. februar 2009 ble spørsmålet satt på dagsordenen i Stortinget av representant Jan Sahl (KrF). I denne forbindelse holdt representant Lena Jensen (SV) et innlegg der hun tok til orde for at staten skulle gå inn som medeier i Hurtigruten.¹²⁷

I det følgende vil jeg redegjøre kort for markedsinvestorprinsippet, som brukes for å avgjøre om en tilførsel av offentlige midler til et foretak innebærer en lovlig investering eller rammes av statsstøtteforbudet i EØS art. 61 (1). Offentlige midler som tilføres et foretak i form av egenkapital mv. kan være en effektiv måte å gi støtte på. Når det offentlige opptrer i markedet, f.eks. gjennom rollen som investor, eier eller långiver, kan det derfor være større grunn til årvåkenhet. Dersom staten går inn som medeier i Hurtigruten, vil det således stilles strenge krav til at transaksjoner fra staten til selskapet skjer på markedsmessige vilkår.

5.2 Det offentlige på kommersielle markeder

Det fremgår av EØS art. 125 at avtalen ikke berører avtalepartenes regler om eiendomsretten. Dette er tolket slik at EØS- avtalen ikke er til hinder for at det offentlige kan investere og opptre som aktør i kommersielle markeder. Det at det offentlige bruker ressurser på investeringer som medfører økt konkurranse for private foretak, innebærer ikke i seg selv at det gis statsstøtte til virksomheten det offentlige investerer i. Som det fremgår av EØS art. 59, kan imidlertid heller ikke offentlige foretak motta statsstøtte som er i strid med EØS-avtalens statsstøtteregler. I EØS-retten gjelder altså et nøytralitetsprinsipp som innebærer at private og offentlige foretak skal gis like konkurransevilkår på det indre marked. Det er dette nøytralitetsprinsippet som ligger til grunn for markedsinvestorprinsippet.¹²⁸

¹²⁷ Se www.stortinget.no/no/Saker-og-publikasjoner/Publikasjoner/Referater/Stortinget/2008-2009/090219/1/

¹²⁸ Jf. Sejersted mfl., *EØS-rett*, 2. utgave, Oslo 2004 s. 585.

5.3 Generelt om markedsinvestorprinsippet

Det såkalte markedsinvestorprinsippet¹²⁹ (the market investor principle) kommer til anvendelse der det offentlige tilfører midler til foretak. Prinsippet brukes for å avgjøre om tilførselen i slike tilfeller innebærer en lovlig investering eller en tildeling av offentlig støtte.

Analysemetoden som ligger til grunn for markedsinvestorprinsippet ble opprinnelig utformet av Kommisjonen. EF-domstolen ga etter hvert tilslutning til prinsippet i sine avgjørelser.¹³⁰ Prinsippet har senere blitt utviklet av EF-domstolen, Førsteinstansretten og Kommisjonen i en rekke avgjørelser.

Markedsinvestorprinsippet innebærer at det må foretas en analyse av om investeringer foretatt av det offentlige er gjort på markedsmessige vilkår eller ikke. Dersom det offentlige har tilført midler til en virksomhet på vilkår som ikke ville vært akseptable for en privat investor som handler under normale markedsøkonomiske vilkår, vil det være tale om støtte.¹³¹ Sagt på en annen måte stiller statsstøttereglene krav om at enhver overføring av midler fra det offentlige til et foretak skal være markedskonform.¹³²

ESAs retningslinjer for statsstøtte beskriver de konkrete vurderingene som må foretas for å avgjøre om støtten er lovlig. Reglene om dette finnes bla. i kapittelet om offentlige myndigheters eierandeler (del 6 under punktet "Public authorities' holdings") og kapittelet om offentlige foretak (del 6 under punktet "Application of state aid provisions to public enterprises in the manufacturing sector").

Analysen som skal foretas etter markedsinvestorprinsippet (markedsinvestortesten), skal for det første identifisere hvilke hensyn som er relevante ut fra en privat investors synsvinkel. Spørsmålet blir hvilke av de hensyn som det offentlige skal ivareta det er tillatt å tillegge vekt når et foretak tilføres midler. Utgangspunktet når det offentlige investerer i foretak som driver virksomhet på markedet, er at det må være utsikter til markedsmessig avkastning på kapitalen.

¹²⁹ Prinsippet omtales også på norsk som prinsippet om normal markedsadferd eller det markedsøkonomiske investorprinsipp.

¹³⁰ Se bla. sak C-305/89 *Italia mot Kommisjonen (Alfa Romeo)* premiss 20.

¹³¹ Jf. Pernille Wegener Jessen, *Forbudet mod statsstøtte i EU*, København 2003 s. 248.

¹³² Jf. Sejersted mfl., *EØS-rett*, 2. utgave, Oslo 2004 s. 585.

Statsstøtteregele begrensar dermed offentlege myndigheters mulighet til å foreta en investering for å fremme mål som ikke er av økonomisk art, f.eks. sosiale eller regionale mål.

Markedsinvestortesten skal for det andre, på bakgrunn av tillatte markedsøkonomiske hensyn, avgjøre om den konkrete transaksjon er markedskonform. Spørsmålet blir om en privat investor av sammenlignbar størrelse, ville ha overført tilsvarende midler til et foretak i tilsvarende situasjon.¹³³

Fra en investors side vil det være avgjørende om investeringen gir en tilfredsstillende avkastning. Hvilken avkastning som er påkrevd for at det offentlige skal anses å ha opptrådt i samsvar med markedsinvestorprinsippet, må avgjøres på bakgrunn av en konkret vurdering. En rekke faktorer vil bli tillagt vekt i denne vurderingen, bla. hvilket avkastningskrav som stilles til sammenlignbare foretak, dagens og fremtidig markedsituasjon samt hvilken risiko som er knyttet til den aktuelle investeringen.¹³⁴ Det er ikke tilstrekkelig å påvise at investeringen ikke vil være tapsbringende.¹³⁵

Markedsinvestorprinsippet åpner imidlertid for et investorskjønn. I følge retningslinjene skal ESA ikke la eget skjønn tre i stedet for den offentlige investorens vurdering.¹³⁶

Dersom det ikke er utsikter til en markedsmessig avkastning verken på kort eller lang sikt, vil tilførselen av midler fra det offentlige normalt måtte anses som støtte. Staten gir dermed avkall på den inntjeningen en privat investor ville forvente av en tilsvarende investering.

Tidspunktet for vurderingen av om en transaksjon er markedskonform etter markedsinvestorprinsippet, er investeringstidspunktet. Det er ikke avgjørende om avkastningen i ettertid viser seg å bli for lav. Dersom det offentlige foretok en forsvarlig analyse i tråd med markedsinvestorprinsippet på investeringstidspunktet, vil investeringen således ikke støte an mot statsstøtteregele.¹³⁷

¹³³ Jf. sak C-305/89 *Italia mot Kommisjonen (Alfa Romeo)* premiss 19.

¹³⁴ Se Alterskjær mfl., *Statsstøtte- EØS-avtalens regler om offentlig støtte*, Bergen 2008 s. 94.

¹³⁵ Jf. sak T-288/99 *Westdeutsche Landesbank* premiss 314.

¹³⁶ Jf. retningslinjene om offentlige foretak punkt 5 avsnitt 1.

¹³⁷ Se Sejersted mfl., *EØS-rett*, 2. utgave, Oslo 2004 s. 590.

5.4 Offentlig eierskap av Hurtigruten?

Forslaget til Lena Jensen (SV) går ut på at staten burde gå inn med en rettet emisjon (kapitalforhøyelse) i Hurtigruten ASA på 800 millioner kroner. Dette vil i følge Jensen gi staten en eierandel på 60 prosent. Forslaget er blitt møtt med kritikk, bla. fordi Hurtigruten kun var verdsatt til rundt 550 millioner kroner på børsen da forslaget ble fremsatt. Forslaget er basert på en aksjekurs på 20 kroner, men Hurtigruteaksjen i virkeligheten lå på rundt 3, 50 kroner på dette tidspunktet.¹³⁸ Jensens forslag innebærer altså at staten skulle kjøpe aksjer til overpris. En slik disposisjon er ikke i tråd med markedsprinsippet, og vil anses som statsstøtte etter EØS art. 61 (1).

Dersom kjøpet av aksjene skjer på markedsmessige vilkår, er EØS-avtalen imidlertid ikke til hinder for at staten går inn som aksjonær i Hurtigruten. Det kan nevnes at Narvik kommune er en av Hurtigrutens 20 største eiere per 23. april 2009 med en eierandel på 0,33 prosent av aksjene.¹³⁹ Det er imidlertid usikkert om forslaget om offentlig eierskap vil få gjennomslag. I følge et utspill i media fra statssekretær i Samferdselsdepartementet Erik Lahnstein, er det ikke aktuelt for staten å gå inn på eiersiden i Hurtigruten.¹⁴⁰

6. Oppsummering

Hurtigruten har vært i en vanskelig økonomisk situasjon de siste årene. Før det i februar 2009 ble klart at selskapets kreditorer ga samtykke til en refinansieringsplan, var det flere som fryktet at det kunne gå mot konkurs for Hurtigruten. Staten har gitt økonomisk støtte til selskapet helt siden oppstarten for over 115 år siden, og har alltid hatt en sentral rolle i Hurtigrutens drift. Da det så som mørkest ut for Hurtigruten høsten 2008 og i begynnelsen av 2009, var det derfor flere som tok til orde for at staten måtte gripe inn for å bedre selskapets økonomiske situasjon.

EØS-avtalen begrenser imidlertid statens adgang til å gi statsstøtte til Hurtigruten. Som fremstillingen viser, har myndighetene likevel et visst handlingsrom for å yte støtte. I denne

¹³⁸ Se NA24 www.na24.no/imarkedet/article2500221.ece

¹³⁹ Se Hurtigrutens nettsted www.hurtigruten.no/Utils/Om-Hurtigruten/IR/Hurtigruten-aksjen1/

¹⁴⁰ Se NRK www.nrk.no/nyheter/distrikt/nordland/1.6428314

forbindelse kan bla. nevnes nettolønnsordningen, som innebærer at Hurtigruten mottar nærmere 90 millioner kroner årlig.

Samtidig som avtalen om ekstrabevilgningen på 125 millioner kroner ble inngått mellom staten og Hurtigruten, kom partene til enighet om å avvikle gjeldende Hurtigruteavtale. Hurtigrutedriften vil dermed lyses ut på anbud igjen i løpet av 2009. Utformingen av anbudskriteriene vil ha stor betydning for Hurtigrutens fremtid.

Det er imidlertid uenighet om hvordan driften av kystruten skal legges opp i den nye anbudsjordningen, særlig når det gjelder seilingsmønster og anløpsstruktur. Etter gjeldende avtale er Hurtigruten forpliktet til daglige anløp i alle de 34 havnene langs ruten både sommer og vinter. Lave passasjertall i vintermånedene er en av grunnene til at selskapet ikke lykkes med å drive lønnsomt. Hurtigruten ønsker derfor å kutte noen anløp i vintersesongen.

Dette møter imidlertid motstand fra mange av ordførerne i kommunene som Hurtigruten anløper. Ordfører Roy Waage i Skjervøy kommune har klart å samle over 20 av ordførerne i kommunene som anløpes av Hurtigruten i en aksjon som skal sikre at dagens seilingsmønster opprettholdes.¹⁴¹ Dette sier noe om hvor viktig Hurtigruten anses å være for kysten, særlig i Nord-Norge.

Kystruten er fortsatt et viktig transportmiddel både for personer og gods. På den annen side er den samferdselsmessige infrastrukturen gradvis blitt utbedret i løpet av de siste 30 årene, både når det gjelder hurtigbåter, flyruter og vegbygging. Dette tatt i betraktning, er kanskje tiden inne for å gjøre visse endringer i seilingsmønsteret til Hurtigruten.

Samtidig er det viktig å peke på at Hurtigruten har stor betydning for reiselivsnæringen, og bidrar på denne måten til sysselsetting gjennom ringvirkningseffekt til en rekke andre bedrifter i kystsamfunnene langs hurtigruteleia. Dette tilsier at en bør være varsom med å kutte for mange anløp. Landsdelsutvalget foreslår i sitt innspill til utformingen av anbudskriteriene å redusere seilingene til fem anløp i uken, 2 anløp per døgn i vintersesongen.¹⁴² Dette kan etter min mening være en god løsning som balanserer hensynet

¹⁴¹ Se NRK www.nrk.no/nyheter/distrikt/nordland/1.6195832

¹⁴² Se Landsdelsutvalgets nettsted www.lu.no/content/view/2790/125/ (Trykk på "last ned Hurtigruteutvalgets innstilling").

til Hurtigrutens behov for fleksibilitet, og dens økonomiske og samfunnsmessige betydning for kystsamfunnene.

7. Kilder

7.1 Litteratur

- | | |
|--------------------------|---|
| Sejersted, Fredrik | (2004) EØS-rett, 2. utgave [mfl.], Universitetsforlaget, 2004: ISBN 82-15-00127-0 |
| Alterskjær, Bjørnar | (2008) Statsstøtte - EØS-avtalens regler om offentlig støtte, 1. utgave [mfl.], Fagbokforlaget, 2008: ISBN 978-82-450-0807-4 |
| Wegener Jessen, Pernille | (2003) Forbudet mod statsstøtte i EU, 1. utgave, Forlaget Thomson, 2003: ISBN 87-619-0624-7 |
| Sletmoen, Gunhild | (2005) Statsstøtte og avgiftsfritak: fritak for dokumentavgift i EØS-rettslig belysning, 1. utgave, Universitetsforlaget, 2005: ISBN: 82-15-00946-8 |

7.2 Lover

- | | |
|------|---|
| 1992 | Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. 27. november 1992 nr. 109 (EØS-loven) |
| 1992 | Lov om offentlig støtte 27. november 1992 nr. 117. |

7.3 EF-forordninger

| | |
|------|--|
| 2008 | Kommisjonsforordning EF nr. 800/2008 6. august 2008, om gruppeunntak |
|------|--|

7.4 Forskrifter og stortingsvedtak

| | |
|------|--|
| 1992 | Forskrift om offentlig støtte 4. desember 1992 nr. 907 |
| 2003 | Forskrift om anbud i lokal rutetransport 26. mars 2003 nr. 400 |
| 2005 | Forskrift om forvaltning av tilskudd til sysselsetting av sjøfolk 21. desember 2005 nr. 1720 |
| 2007 | Stortingets avgiftsvedtak, vedtak om særavgifter til statskassen for budsjetterminen 2007 |

7.5 Internasjonale konvensjoner

| | |
|--------------|--|
| EF-traktaten | Traktat om opretelse af Det europeiske økonomiske Fællesskab, 25. mars 1957 |
| EØS-avtalen | Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområdet, 2. mai 1992 |
| ODA-avtalen | Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkningsorgan og en Domstol, 2. mai 1992 |

7.6 Offentlige dokumenter

| | |
|-----------------------------|---|
| St.meld. nr. 16 (2003-2004) | Om transportstandarden og kjøp av transporttjenester på kyststrekningen fra Bergen til Kirkenes |
|-----------------------------|---|

Budsjett-innst.S nr. 8 (2005-2006) Stortingets behandling av statsbudsjettet 2006

St.prp. nr. 1 Tillegg nr. 1 (2005-2006) Om endring av St.prp. nr. 1 om statsbudsjettet 2006

St.prp. nr. 1 (2006-2007) For budsjettåret 2007

St.prp. nr. 24 (2008-2009) Om endringer i statsbudsjettet for 2008 mv. under Samferdselsdepartementet

Melding fra Skattedirektoratet Arbeidsgiveravgift til folketrygden for 2009, SKD 8/09 4. mai 2009

Veiledning fra Sjøfartsdirektoratet Veiledning for terminene 6/08 – 5/09 Nettolønnsordning for skip i NOR

Veileder fra Fornyings- og administrasjonsdepartementet Veileder om EØS-avtalens regler om offentlig støtte

7.7 Avtaler

2005 Kontrakt mellom det kongelige Samferdselsdepartementet og Ofotens og Vesteraalens dampskibsselskab (OVDS) ASA og Troms fylkes dampskibsselskap ASA (TFDS) om kystruten Bergen – Kirkenes for perioden 1.1.2005 - 31.12.12

2008 Miljøavtale om reduksjon av NOx-utslipp mellom den norske stat/v Miljøverndepartementet og 14 næringsorganisasjoner

7.8 Rettspraksis

7.8.1 EF-domstolen

| | |
|-----------------------------|--|
| Sak 173/73 | Italia mot Kommisjonen |
| Sak 730/79 | Philip Morris Holland mot Kommisjonen |
| Forente saker 296 og 318/82 | Kongeriket Nederland og Leeuwarder Papierwarenfabriek mot Kommisjonen |
| Sak 323/82 | Intermills |
| Sak 240/83 | ADBHU |
| Sak 310/85 | Deufil mot Kommisjonen |
| Forente saker C-62 og 72/87 | Exécutif régional wallon mot Kommisjonen |
| Sak C-305/89 | Alfa Romeo |
| Sak C-41/91 | Höfner og Elser mot Macrotron |
| Sak C-364/92 | Eurocontrol |
| Sak C-387/92 | Banco Exterior |
| Sak C-56/93 | Belgia mot Kommisjonen |
| Sak C-39/94 | SFEI/ La Poste |
| Sak C-353/95P | Tierce Ladbroke |
| Forente saker C-180-184/98 | Pavlov |
| Sak C-200/97 | Ecotrade |
| Sak C-256/97 | Déménagements-Manutention Transport SA |
| Sak C-379/98 | PreussenElektra |
| Sak C-143/99 | Adria-Wien Pipeline |
| Sak C-482/99 | Stardust Marine |
| Sak C-53/00 | Ferring |
| Sak C-280/00 | Altmark |
| Sak C-34/01 | Enirisorse |
| Sak C-438/02 | Åklagaren v Krister Hammer |
| Sak C-451/03 | Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti |

7.8.2 Førsteinstansretten

| | |
|------------------------------|-------------------------------|
| Sak T-106/95 | FFSA mfl. mot Kommissjonen |
| Forente saker T-298/97 | Alzetta |
| Sak T-288/99 | Westdeutsche Landesbank |
| Forente saker T-92 og 103/00 | Territorio Histórico de Álava |

7.8.3 EFTA-domstolen

| | |
|------------|---------------|
| Sak E-6/98 | Norge mot ESA |
|------------|---------------|

7.8.4 Norsk Retstidende

| | |
|--------------|---------------|
| Rt.2000-1811 | Finanger |
| Rt.1997-1954 | Løten kommune |

7.9 Vedtak mv. av Kommissjonen

| | |
|-----------------|---|
| Vedtak N-582/99 | Marina de Stabia |
| Vedtak N-258/00 | Freizeitbad Dorsten |
| 2005 | Handlingsplan på statsstøtteområdet – Mindre og bedre målrettet statsstøtte: en reformplan for 2005-2009, KOM (2005) endelig udg. |

7.10 Vedtak mv. av ESA

| | |
|-----------------------|---|
| Vedtak nr. 4/94/COL | The EFTA Surveillance Authority's State Aid Guidelines (retningslinjer for anvendelse og fortolkning av EØS-avtalen art. 61 og 62 og protokoll 3 art. 1 i overvåknings- og domstolsavtalen.) |
| Vedtak nr. 246/97/COL | EFTA Surveillance Authority decision of 19 November 1997 to open the formal investigation procedure with regard to State aid in the form of regionally differentiated social security taxation |
| Vedtak nr. 165/98/COL | EFTA Surveillance Authority decision of 2 July 1998 with regard to state aid in the form of regionally differentiated social security taxation |
| Vedtak nr. 46/98/COL | Decision of the EFTA Surveillance Authority of 4 March 1998 on the issuing of two notices in the field of competition on the definition of the relevant market for the purpose of competition law within the European Economic Area (EEA), and on agreements of minor importance which do not fall under Article 53(1) in the EEA Agreement |
| Vedtak nr. 228/99/COL | EFTA Surveillance Authority decision of 22 September 1999 on the measures that the Norwegian Government intends to take in order to comply with the EFTA Surveillance Authority's decision of 2 July 1998 with regard to state aid in the form of regionally differentiated social security taxation |
| Vedtak nr. 417/01/COL | EFTA Surveillance Authority decision of 19 December 2001 on Compensation for maritime transport services under the "Hurtigruten Agreement" |

| | |
|-----------------------|---|
| Vedtak nr. 117/02/COL | EFTA Surveillance Authority decision of 10 July 2002 on a special refund scheme for ferries registered in the Ordinary Norwegian Shipping Register (NOR) and engaged in foreign trade |
| Vedtak nr. 172/02/COL | EFTA Surveillance Authority decision of 25 September 2002 regarding appropriate measures to Norway with regard to state aid in the form of regionally differentiated social security taxation |
| Vedtak nr. 187/03/COL | EFTA Surveillance Authority decision of 29 October 2003 on the refund scheme for offshore vessels and shuttle tanker registered in the ordinary Norwegian shipping register |
| Vedtak nr. 85/06/COL | ESAs regionalstøtteretningslinjer for 2007-2013 |
| Vedtak nr. 215/06/COL | EFTA Surveillance Authority decision of 5 July 2006 on compensation to the “Hurtigruten companies” for increased social security contributions |
| Vedtak nr. 228/06/COL | EFTA Surveillance Authority decision of 19 July 2006 on the notified scheme concerning regionally differentiated social security contributions |
| Vedtak nr. 280/06/COL | EFTA Surveillance Authority decision of 4 October 2006 on the alterations to the tax refund schemes to shipowners to seafarers |
| Vedtak nr. 412/06/COL | EFTA Surveillance Authority decision of 19 December 2006 on the alterations to the tax refund schemes for seafarers aboard vessels in the Norwegian Ordinary Shipping Register |
| Vedtak nr. 39/07/COL | EFTA Surveillance Authority decision of 27 February 2007 on public financing of municipal day-care institutions in Norway |

Vedtak nr. 501/08/COL EFTA Surveillance Authority decision of 16 July 2008 regarding a notified scheme for the grant of a temporary exemption in relation to an environmental agreement between fourteen business organisations and the Norwegian State relating to reduction of Nitrogen Oxide (NOx) emissions

7.11 Annet

2002 Rapport fra Transportøkonomisk institutt (TØI) 609/2002
Utredning av transportstandarden Bergen – Kirkenes

2006 Anbudsinnydelse – Kjøp av sjøtransporttjenester på strekningen Bergen – Kirkenes i perioden 1.1.2006(-6) – 31.12.2012

2006 Liten masteroppgave ved Universitetet i Tromsø av Kristin Dahlin Simonsen, ”Statsstøttereglene og offentlige tjenester – om statens forhold til hurtigruteselskapene”

2008 Nettstedet til Fornyings- og administrasjonsdepartementet
www.regjeringen.no/nb/dep/fad/aktuelt/nyheter/2008/enklere-a-gi-statsstotte--revisjon-av-gr.html?id=520829

